Das Eisenbahnpfandrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, vorgelegt der hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern

von

Fritz Keller, Fürsprecher
von Bannwil

BUCHDRUCKEREI RÖSCH, VOGT & CO., BERN - 1941

Das
Eisenbahnpfandrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte, vorgelegt der hohen Juristischen
Fakultät der Universität Bern

von

Fritz Keller, Fürsprecher
von Bannwil

Die Fakultät hat diese Arbeit am 3. Juli 1941 auf Antrag von Herrn Professor Dr. iur. Fritz Volmar als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1 *Einleitung* 1

1. Bahnkredit und Bahnbetrieb 1
2. Der Pfandeigentümer 4
3. Das Verhältnis des VZEG zum übrigen Privatrecht 4

Erster Teil: Über den Begriff des Pfandrechtes

§ 2 *Das Wesen der Dinglichkeit* 6

§ 3 *Der akzessorische Charakter des Eisenbahnpfandrechtes* 7

1. Über den Begriff der Akzessorietät 7
2. Das Eisenbahnpfandrecht ist akzessorisch 8
3. Im einzelnen:

a) Kann das Eisenbahnpfandrecht ohne Forderung entstehen?.. 8
b) Erlischt das Eisenbahnpfandrecht mit dem Untergang der versicherten Forderung? 9
c) Kann das Eisenbahnpfandrecht gesondert übertragen werden? 10

Zweiter Teil: Die Entstehung des Eisenbahnpfandrechtes

§ 4 *Erster Abschnitt: Die gesetzlichen Eisenbahnpfandrechte* 14
Zweiter Abschnitt: Die rechtsgeschäftlichen Eisenbahnpfandrechte ... 17

§ 5 *Das Verhältnis des rechtsgeschäftlichen Eisenbahnpfandrechtes zur behördlichen Bewilligung* 17

1. Beruht das Eisenbahnpfandrecht auf Rechtsgeschäft oder auf behördlicher Bewilligung? 18
2. Rechtliche Bedeutung des Rechtsgeschäfts und der behördlichen Bewilligung 19
3. Rechtliche Natur des Rechtsgeschäftes 20
4. Rechtliche Natur der Tätigkeit der Verpfändungsbehörde 21
5. Wer urteilt bei strittigem Bestand des Eisenbahnpfandrechtes? .. 22

§ 6 *Das Pfandversprechen* 22

§ 7 *Das Bewilligungsverfahren* 24

1. Das Pfandbestellungsbegehren 24

a) Die Verpfändungsbehörden 24
b) Der verfahrensrechtliche Inhalt des Pfandbestellungsbegehrens 24
c) Legitimation 25
d) Form 25
e) Inhalt 25
f) Rückzug 25

2. Die behördliche Prüfung des Pfandbestellungsbegehrens 26

a) Das Thema der Prüfung 26
b) Sein Nachweis 30

Seite

3. Das Einspracheverfahren ... 31

a) Einleitung des Verfahrens ... 31
b) Die Einsprache ... 32
c) Die Klage gemäß Art. 2 VZEG ... 32
aa) Handelt es sich überhaupt um eine Klage? ... 32
bb) Klagegrund und Sachlegitimation ... 33
cc) Das Rechtsbegehren ... 43
d) Die Bewilligung ... 43

§ 8 **Dritter Teil: Die Pfandforderung**

1. Das Kapital ... 45
2. Haftung für Zinse und Kosten ... 47
3. Nachträgliche Änderungen in der Pfandforderung ... 47
4. Die Auswechslung der Forderung ... 48
5. Die Übertragung der Pfandforderungen und Übernahme der Pfandschulden ... 48

Vierter Teil: Der Pfandgegenstand

Erster Abschnitt: Rechtliche Natur ... 49

§ 9 *Die bisher vertretenen Ansichten* ... 49

1. Konkursprivileg ... 49
2. Unternehmenszugehör ... 49
3. Sachgesamtheit ... 50
4. Die Ansicht des Bundesgerichtes ... 51
5. Generalpfandrecht ... 52
6. Die Ansicht Pfenningers ... 52

§ 10 *Die Bahneinheit als Sache* ... 53

1. Die Bahneinheit ist Sache ... 53
2. Folgerungen ... 58
3. Umschreibung ... 59

Zweiter Abschnitt: Die Bestandteile der Bahneinheit ... 62

§ 11 *Ausschließlich Betriebssachen* ... 62

1. Nur körperliche Sachen ... 62

a) Die eisenbahnrechtliche Verpfändung von Rechten ... 62
b) Die Grenzen der Bestandteile der Bahneinheit bestimmt das ZGB ... 64

2. Die erfaßten Grundstücke ... 64

a) Gemäß Art. 9, Abs. 2, lit. *a)* aVZEG/VZEG ... 64
b) Gemäß Plan im Sinne von Art. 14 EG ... 68
c) Sind die Grundstücke gemäß Art. 9 identisch mit denen gemäß Art. 14 EG? ... 69

3. Die erfaßten Mobilien ... 70

§ 12 *Im Eigentum der Bahn* ... 70

§ 13 *Freiheit von Verwertungsrechten* ... 72

1. Die Verhältnisse bei Betriebsgrundstücken ... 72
2. Die Verhältnisse bei Betriebsmobilien ... 75

§ 14 *Speziell die besonderen Verhältnisse an den Betriebsgrundstücken* ... 76

1. Die Genehmigungsbedürftigkeit von rechtlichen Verfügungen an Betriebsgrundstücken ... 76

Seite

2. Die Betriebsgrundstücke als öffentliche Sachen 77
3. Vorteile, die sich daraus ergeben, daß man rechtliche Verfügungen über Betriebsgrundstücke trotz deren Öffentlichkeit genehmigungspflichtig läßt 83
4. Die grundbuchliche Behandlung der Bahngrundstücke 84

a) Die Frage ihrer Aufnahme ins Grundbuch 84
b) Das Aufnahmeverfahren 84
c) Die Eisenbahngrundstücke im Grundbuch:
aa) Ihre Kennzeichnung 85
bb) Die rechtliche Bedeutung dieser Kennzeichnung 85
cc) Der ins Grundbuch aufzunehmende Rechtsbestand 87

§ 15 *Insbesondere die Verpfändung von Straßenbahnen* 88

1. Die Praxis der Verpfändungsbehörden 88
2. Die Verpfändung der kantonalen Straßenkonzession 89
3. Die Verpfändung der öffentlichen Straße 90
4. Die Verpfändung des Betriebsmaterials 91

Dritter Abschnitt: Der Bestand der Bahneinheit 91

§ 16 *Entstehung und Verpfändbarkeit der Bahneinheit* 91

§ 17 *Der Untergang* 93

§ 18 *Der Wechsel in den Bestandteilen* 95

1. Vor der Zwangsliquidation 95

a) Grundsätzliches 95
b) Insbesondere die Betriebsgrundstücke 97
c) Insbesondere die Betriebsmobilien 98

2. In der Zwangsliquidation 99

a) Findet ein Wechsel überhaupt statt? 99
b) Die Steigerungsbedingungen 100
c) Kasuistik 101

§ 19 *Vierter Abschnitt: Die Haftung der Bahneinheit* 103

§ 20 **Fünfter Teil: Mehrheit der Pfandrechte**

1. Grundsätzliches 105
2. Es haftet das ganze Pfandobjekt 105
3. Die Rangänderung nach Errichtung des Pfandrechts 106
4. Die Rangänderung bei Errichtung des Pfandrechts 108
5. Der Rangvorbehalt 109

Sechster Teil: Die Rechte der Pfandgläubiger

§ 21 *Schutz gegen Pfandverschlechterung* 112

1. Vor und während des Betriebes 112

a) Gegen tatsächliche Verfügungen 112
b) Gegen rechtliche Verfügungen 113
aa) Die Einsprache gemäß Artikel 9 VZEG 113
bb) Der übrige Schutz 116

2. Nach endgültiger Einstellung des Betriebes 117

a) Außerdienststellen der ganzen Bahneinheit 117
aa) Gegen tatsächliche Verfügungen 117
bb) Gegen rechtliche Verfügungen 118
b) Außerdienststellen eines Teils der Bahneinheit 119

3. Die Gültigkeit des Verbotes, die Bahneinheit oder ihre Bestandteile zu veräußern oder weiter zu belasten ... Seite 120

§ 22 *Das Recht auf Verwertung der Pfandsache* ... 120

§ 23 *Die vertragliche Änderung der Rechte der Pfandgläubiger* ... 121

§ 24 **Siebenter Teil: Der Untergang der Pfandrechte**

1. Durch Untergang der Pfandforderung ... 122
   a) Allgemeines ... 122
   b) Insbesondere durch Hinterlegung ... 122
   c) Die Verjährung der Pfandforderung ... 123
2. Durch Untergang der Pfandsache ... 127
3. Durch Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins ... 127
4. Durch Verzicht seitens der Pfandgläubiger ... 127
5. Durch Vereinigung ... 128
6. Durch Zwangsverwertung ... 129
7. Durch Nachlaßvertrag ... 131
8. Durch Verjährung oder Versitzung? ... 132
9. Durch Löschung im Pfandbuch? ... 133

ANHANG

I. *Die besondern Verhältnisse bei Pfandobligationen* ... 134
1. Ist das Eisenbahnpfandrecht bei einem Anleihen *ein* Recht oder mehrere Einzelrechte? ... 134
2. Rechtliche Natur und Inhalt ... 135
3. Insbesondere die Einreden ... 136
4. Die Annullation ... 138
5. Die Löschung ... 138
6. Kraftloserklärung durch den Pfandeigentümer? ... 139

II. *Das Eisenbahnpfandbuch* ... 139
1. Die Pfandbuchbehörden ... 139
2. Die Einrichtung des Pfandbuches ... 139
3. Die Eintragungen ... 140
4. Die Pfandbuchbelege ... 144
5. Gebühren und Kosten ... 144

Literatur

(In Klammern jeweils die Zitierweise)

Akten über die Liquidation der Rigibahn von 1877/80, der Monte-Generoso-Bahn von 1895, der Saignelégier-Glovelier-Bahn ab 1905 sowie der Furka-Bahn von 1924: im Bundesarchiv (Bundesarchiv).

Becker, Obligationenrecht, zweite Abteilung 1934, Bd. VI, zweite Abteilung in Gmürs Komm. z. ZGB (Becker).

Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, 1911 (Blumenstein).

Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939 (Burckhardt, Einführung).

— , Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 1931 (Burckhardt, Ko).

— , Methode und System des Rechts, 1936 (Burckhardt, Methode).

— , Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927 (Burckhardt, Organisation).

— , Studien zum schweizerischen Eisenbahnrecht in Hilty's politischem Jahrbuch von 1911 (Burckhardt, Studien).

— , Schweizerisches Bundesrecht, 5. Bd. 1931 (Burckhardt, Bundesrecht V).

Bühler, Begriff und Formen der öffentlich rechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut, Diss. Zür. 1928 (Bühler).

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundzügen des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1860, Bd. 2, 1864 (Dernburg I, II).

Eger, Das Gesetz betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben, Berlin 1898 (Eger).

Egger, Einleitung und Personenrecht 1930, Erster Bd. im Zürcher Komm. zum ZGB (Egger).

Endemann, Das Recht der Eisenbahnen, 1886 (Endemann).

Enneccerus-Lehmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 1932, zweiter Bd. im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus/Kipp/Wolff (Enneccerus-Lehmann).

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1939 (Fleiner, Inst.).

— , Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923 (Fleiner, BStR).

Fritsch, Das deutsche Eisenbahnrecht, 1927, Berlin (Fritsch, Eisenbahnrecht).

— , Handbuch der Eisenbahngesetzgebung im Deutschen Reich und in Preußen, 1930, Berlin (Fritsch, Handbuch).

Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. 1, 1902, Bd. 2, 1908, Berlin (Fuchs I, II).

Gautschi, Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes, Diss. Zür., 1928 (Gautschi).

Giacometti, Das öffentliche Recht der Schweiz, 1938 (Giacometti).

Gierke, Deutsches Privatrecht, erster Bd. 1895 (Gierke, DPR I).

Greuter, Das Recht der öffentlichen Sachen im Kanton Zürich, Diss. Zür. 1919 (Greuter).

Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 1936/37 (Guhl).

Haab, Das Sachenrecht (im Erscheinen begr.), 4. Bd. im Zürcher Komm. (Haab).

Haberer, Das österreichische Eisenbahnrecht, 1895 (Haberer).

Haenni, Les concessions de chemins de fer en Droit suisse, Diss. Bern 1934 (Haenni).

Haustein, Die Lehre von den öffentlichen Sachen und vom öffentlichen Eigentum im Eisenbahnrecht in Arch. f. E. 1933, 845 ff. (Haustein, Lehre).

Heß, Das Enteignungsrecht des Bundes, 1935 (Heß).

Holstein, Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung, Berlin 1921 (Holstein).

Homberger, Besitz und Grundbuch, 1938, 4. Bd., dritte Abt. im Zürcher Komm. z. ZGB (Homberger).
Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, dritter Bd. 1889 (Huber, SPR III).
Hüsler, Die Steigerungsbedingungen in der Zwangsversteigerung von Grundstücken, Diss. Bern 1937 (Hüsler).
Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 1. u. 2. Bd. 1911 (Jaeger, SchKG I usw.).
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, erster Bd. 1931, zweiter Bd. 1933, Berlin (Jäger, KO I, II).
Leemann, Das Sachenrecht, 4. Bd. (erste Abt. 1920, 2. Abt. 1925) in Gmürs Komm. zum ZGB (Leemann).
Leuch, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 1937 (Leuch).
Matti, Zivilprozeßrecht in der Zeitschrift ,,Die Handelshochschule" (Matti).
Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. u. 2. Bd. 1924 (Mayer, DVR I, II).
Meili, Das Pfand- und Concursrecht der Eisenbahnen, 1879 (Meili).
Nipperdey, Einleitung und allgemeiner Teil, 1931, erster Bd. im ,,Lehrbuch des des bürgerlichen Rechts" von Enneccerus/Kipp/Wolff (Nipperdey).
Oetiker, Die Eisenbahngesetzgebung des Bundes, erster Bd. 1913, vierter Bd. 1918 (Oetiker I, IV).
Oser, Das Obligationenrecht, erster Halbband 1929, zweiter Halbband 1936, Bd. V. im Zürcher Komm. z. ZGB (Oser).
Ostertag, Sachenrecht, 4. Bd., 3. Abt. in Gmürs Komm. z. ZGB, 1912 (Ostertag).
Pfenninger, Die rechtliche Bedeutung der Eisenbahnliegenschaften, Diss. Basel 1934 (Pfenninger).
Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd: Allgemeiner Teil, 1913 (Planck I). 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 1914/1923 (Planck II). 3. Bd.: Sachenrecht 1933/1938 (Planck III).
Predari, Die Grundbuchordnung, 1907 Berlin (Predari).
Roelli, Kommentar zum schweiz. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. Bd. 1932 (Roelli II).
Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht, Bd. I: Allg. Teil 1934, Bd. 2: Besonderer Teil 1938 (Ruck, SVR I, II).
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 1929 (Rosenberg).
Secrétan, De l'hypothèque sur les chemins de fer, diss. Lausanne 1889 (Secrétan).
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd. 1926 (Staub-Pinner), 3. Bd. 1926 (Staub-Koenige), 4. Bd. 1927 (Staub-Koenige).
Staudinger's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. 1912 (Staudinger I), 2. Bd. 1912 (Staudinger II).
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1. u. 2. Bd. 1926 (Stein I, II).
Vollenweider, Die Zwangsliquidation der Eisenbahnen, 1901 (Vollenweider).
Volmar, Der Begriff der Eisenbahnen nach schweiz. Recht in MbVR 7, 97 ff.
v. Waldkirch, Die öffentlichrechtliche Stellung der schweiz. Bundesbahnen, Diss. Zür. 1927 (v. Waldkirch).
Weber, Das System der festen Pfandstelle, Diss. Bern 1929 (Weber).
Wieland, Sachenrecht, 1908, 4. Bd. im Zürcher Komm. des ZGB (Wieland).
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 1. Bd. 1900 (Windscheid I).
Wolff, Sachenrecht, 1932, 3. Bd. in ,,Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" von Enneccerus/Kipp/Wolff (Wolff).
Weitere Literatur bei den einzelnen Paragraphen.

Abkürzungen

aVo: Verordnung betr. Einrichtung und Führung des Pfandbuches über die Verpfändung von Eisenbahnen v. 17. Herbstmonat 1874.
aBEG: Gesetz betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben v. 18. 8. 1895.
aVZEG: Bundesgesetz betr. die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der Schweiz. Eidgenossenschaft v. 24. 6. 1874.
AS: Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweiz. Eidgenossenschaft.
Arch. öff. Recht: Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen.
Arch. f. E.: Archiv für Eisenbahnwesen, Berlin.
BGB: Deutsches bürgerliches Gesetzbuch v. 19. 8. 1896.
BGE: Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts, amtliche Sammlung.
BBl: Schweiz. Bundesblatt.
BB: Bundesbeschluß.
BG: Bundesgesetz.
BRB: Bundesratsbeschluß.
DCPO: Deutsche Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 13. 5. 1924.
EE: Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Breslau.
EG: Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der Schweiz. Eidgenossenschaft v. 23. 12. 1872.
EntG: Bundesgesetz über die Enteignung v. 20. 6. 1930.
GBO: Deutsche Grundbuchverordnung v. 24. 3. 1897.
GbVo: Verordnung des Bundesrates betr. das Grundbuch v. 22. 2. 1910.
HGB: Deutsches Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.
Jherings Jahrbücher: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena.
KV: Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter v. 13. 7. 1911.
M: Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht.
OG: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege v. 22. 3. 1893.
OR: Schweiz. Obligationenrecht v. 30. 3. 1911.
pEG: (Preußisches) Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. 11. 1838.
RGZ: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin.
RG: Reichsgesetz.
RDP: Revue du Droit public, Paris.
SchKG: Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. 4. 1889.
Sten Bull NR: Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat.
Sten Bull STR: Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat.
SJZ: Schweiz. Juristenzeitung.
SBB-OrgG: Bundesgesetz betr. die Organisation und Verwaltung der Schweiz. Bundesbahnen v. 1. 2. 1923.
SBB-OrgVo: Vollziehungsverordnung z. SBB-OrgG v. 9. 10. 1923.
StGB: Schweiz. Strafgesetzbuch v. 21. 12. 1937.
Vo: Verordnung betr. Einrichtung und Führung des Pfandbuches über die Verpfändung von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen v. 11. 1. 1918.
VZEG: Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen und Schiffahrtsunternehmungen v. 25. 9. 1917.
VAE: Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen, Berlin.

Vo über E'Planvorlagen: Verordnung über die Planvorlagen für Eisenbahnbauten v. 23. 12. 1932.
Verwaltungsarchiv: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin.
VerwEntsch.: Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden.
VZG: Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken v. 23. 4. 1920.
VVG: Bundesgesetz betr. den Versicherungsvertrag v. 2. 4. 1908.
ZbJV: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB: Schweiz. Zivilgesetzbuch v. 10. 12. 1907.
ZBGR: Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
Dazu die üblichen bekannten Abkürzungen.

---

§ 1

Einleitung

1. Bahnkredit und Bahnbetrieb

Am 7. Juli 1873 legte der Bundesrat gestützt auf Art. 11 EG der Bundesversammlung vor den Entwurf eines Bundesgesetzes über Bestellung und Geltendmachung von Pfandrechten an Eisenbahnen im Gebiete der Schweizerischen Eidgenossenschaft[1]). In der beigelegten Botschaft begründet er diesen Schritt damit, daß der bisherige Rechtszustand, die Vielfalt der kantonalen Rechtsordnungen, eine rationelle Verpfändung des Bahnvermögens nicht zulasse: es fehle nicht nur ein einfaches Verfahren zur Bestellung von Pfandrechten, sondern auch ein geeignetes Pfandobjekt, das zweckmäßig verwendet werden könne. Kurz, der *Bahnkredit* sollte gehoben werden durch geeignete Regelung der Realsicherheit.

Der Gesetzgeber von 1874 erkannte aber, daß es sich nicht nur darum handeln konnte, Rechte und Pflichten der Bahnunternehmen und ihrer Pfandgläubiger gegeneinander abzustecken, sondern daß auch das Interesse der Öffentlichkeit, ein Sachsubstrat, das einen ungestörten Bahnbetrieb zu gewährleisten imstande ist, zu berücksichtigen sei und zwar in allererster Linie. Daher stellte er z. B. in Art. 10 aVZEG den Rechten der Pfandgläubiger voran den Satz, daß sie den Betrieb nicht hemmen dürfen und weist in Art. 20 [2]) aVZEG die Liquidationsbehörde, das Bundesgericht, an, zu sorgen, „daß der Betrieb der Bahn nicht unterbrochen“ werde.

Das revidierte VZEG vom 25. September 1917, betitelt „Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen“, behielt die bisherige Regelung bis auf Einzelheiten bei (und erklärte sie auch anwendbar auf die „vom Bunde konzessionierten Schiffahrts-

[1]) BBl 1873 III 28 ff.

[2]) Entspricht Art. 18 des Entwurfes: „vor allem trifft der Bundesrat Vorsorge, daß der Betrieb der Bahn nicht unterbrochen werde“; vgl. auch die Art. 22, 31, 34 aVZEG u. a. m.

unternehmungen" [Art. 1])[1]. Daher sind Verweise auf das aVZEG am Platze. So wurden beispielsweise die eben zitierten Art. 10 und 20 aVZEG unverändert als Art. 11 und 22 ins VZEG übernommen. Erwähnt sei hier auch noch Art. 57 VZEG: der Sachverwalter hat im Nachlaßverfahren dafür zu sorgen, „daß der bisherige (konzessionsmäßige) Betrieb der Unternehmung nicht unterbrochen wird".

Der Bundesrat als (oberste) Verpfändungsbehörde folgte dem Grundgedanken des Gesetzgebers. Im Geschäftsbericht für das Jahr 1875 [2]) nämlich sagt er, die Lausanne-Ouchy-Bahn sei verpfändet worden samt ihrer Wasserzufuhrleitung, weil ohne sie die Bahn betriebsunfähig [3]) (und wertlos) wäre; hinsichtlich der Verpfändung der Lausanne-Echallens-Bahn [4]): wo sie auf (bahnfremden) öffentlichen Straßen angelegt sei, bestehe trotzdem Gewähr dafür, daß ihr Eigentümer nicht willkürlich den Bahnbetrieb stören und unmöglich machen könne, „indem er mit seinem starken Eigentumsrecht das schwächere Betriebsrecht aus dem Felde schlage".

Daß das VZEG nicht nur Privatinteressen schützen will, dieser Ansicht ist endlich auch das Bundesgericht. Es begründet nämlich die Unmöglichkeit, Bahnbetriebsgrundstücke einzeln nach Maßgabe des ZGB zu verpfänden, damit, daß bei gesonderter Verwertung [5]) der Betrieb mit den übrigbleibenden Grundstücken möglicherweise nicht mehr aufrechterhalten werden könnte [6]).

Dieser Widerstreit von Bahnkredit (private Interessen in erster Linie) und Bahnbetrieb (primär öffentliche Interessen) ist Grundlage des Eisenbahnpfandrechtes und erklärt seine grundsätzlichen Unterschiede gegenüber den gewöhnlichen Pfandrechten.

Die gleichen Probleme ergaben sich auch für den preußischen Gesetzgeber. Er löste sie im Gesetze betreffend das Pfandrecht

---

[1]) So auch Oetiker IV N 3 zu Art. 1 VZEG. — Das VZEG schuf daneben für private Unternehmungen, die gestützt auf eine Bundeskonzession als Hauptgeschäft eine Eisenbahn oder die Schiffahrt betreiben (Art. 51), Sonderrecht auf dem Gebiete des Nachlaßvertrages (Art. 51—77) und, ohne Einschränkung auf private Unternehmen, die Sonderregelung der außerordentlichen Stundung (Art. 78 bis 82).

[2]) BBl 1876 II 523.

[3]) Die erwähnte Bahn wurde mit der Schwerkraft des Wassers betrieben.

[4]) BBl 1876 II 523.

[5]) Womit möglich wird, daß Bahnbetriebsgrundstücke in beliebige Hände kommen können.

[6]) BGE 47 III 163 ff.

an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben vom 19. August 1895 in grundsätzlich gleicher Weise [1]) wie der schweizerische Gesetzgeber. Daher scheint es berechtigt, es wo nötig vergleichsweise heranzuziehen.

Da das BEG für sein Eisenbahnpfandrecht auf die Regelung des Liegenschaftsrechtes des BGB verweist, rechtfertigt es sich, auch etwa einen Blick auf das BGB zu werfen.

Das französische Recht steht auf anderem Boden: die staatliche wie die konzessionierte private Bahnunternehmung sind „des services publics", öffentliche Dienste [2]). Der Begriff der „services publics" entspricht dem der öffentlichen Anstalt. Alle Grundstücke, die nötig sind, um ein regelmäßiges Funktionieren des Bahnbetriebes zu gewährleisten, gehören zum domaine public [3]), sei es des Staates (wie die Bahnen von allgemeinem Interesse und die eine „route nationale" benützenden Lokalbahnen) oder eines Departementes (so die übrigen Lokalbahnen)[4]). Es herrscht zwar in der französischen Wissenschaft und Rechtsprechung keine völlige Übereinstimmung über die Eigenschaften, die eine Sache aufweisen muß, um zum „domaine public" zu gehören [5]). Daß aber die erwähnten Bahnbetriebsgrundstücke zu ihm zu rechnen sind, darüber besteht Einmütigkeit.

Uneinig ist man auch über die rechtliche Natur der zum „domaine public" zugehörigen Sachen; dagegen nicht darüber, daß über diese Sachen nicht privatrechtlich verfügt werden kann, daß der Code civil auf den Rechtsverkehr mit ihnen nicht anwendbar ist [6]). Und weil am „domaine public" keine beschränkt ding-

---

[1]) Das Gesetz über die Bahneinheiten vom 11. Juni 1902 ist seine Anpassung an das inzwischen erlassene BGB.

[2]) Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik 1913, 41 ff.; Bonnard, Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les Services publics in RDP 42, 480 ff.; Bernier, Des Pouvoirs de l'Administration sur les concessions de travaux publics, RDP 44, 52 ff.

[3]) Jèze, a. a. O. 246 ff.; Aubry, Cours de Législation des Chemins de fer, 1934, 45.

[4]) Aubry, a. a. O. 11.

[5]) Vgl. darüber Jèze, a. a. O. 238 ff.

[6]) Dingliche Rechte an Sachen des „domaine public" sind unmöglich; der Staat übt über sie bloß ein polizeiliches Aufsichtsrecht aus, sagen Berthélemy und die Cours de cassation. Dagegen sind nach Hauriou (Précis de droits adminitratif, 1927) und dem Conseil d'Etat an ihnen dingliche Rechte möglich, aber nicht die „definitiven" des Code civil, sondern nur die gemäß Verwaltungsrecht prekaristisch bestellten (vgl. über die rechtliche Natur des „domaine public" Berthélemy, Traité élémentaire de Droit administratif, 1930, 477 ff.; ferner die Zusammenstellungen von Bastid, Les aisances de voirie in RDP 1930, 609 und von Naville, Le régime juridique de la voie publique, Diss. Lausanne 1936, 26 ff.)

lichen Rechte im Sinne der schweizerisch-deutschen Auffassung bestellt werden können, kann französisches Recht nicht herangezogen werden, wo es sich darum handelt, allfällige Lücken im VZEG systemgetreu auszufüllen.

2. Der Pfandeigentümer

Wer kann ein Pfandrecht gemäß VZEG gemäß bestellen? Eisenbahn- und vom Bunde konzessionierte Schiffahrtsunternehmungen, wie sich aus Art. 7, 9, 10 in Verbindung mit Art. 1 VZEG ergibt.

Eine Eisenbahn(-unternehmung) ist ein Unternehmen, das mit Fahrzeugen auf Schienen öffentlich Güter oder Personen befördern darf und muß [1]).

Um auf einer Anlage öffentlich das Eisenbahntransportgewerbe auszuüben, bedarf es einer eidgenössischen Konzession, bzw. für die SBB eines Bundesgesetzes im formellen Sinne. Nicht nach VZEG können daher verpfändet werden Anlagen, die weder dem öffentlichen Bahnverkehr dienen noch dienen werden (die konzessions- bzw. gesetzesgemäß im Bau begriffenen Bahnanlagen; vergleiche darüber unten 91 f.) noch gedient haben (die außer Betrieb gesetzten Anlagen, vgl. unten 93 ff.); daher nicht Anlagen, die unter das Gesetz vom 19. 12. 1874 über die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise zwischen dem schweizerischen Eisenbahnnetz und gewerblichen Anstalten fallen [2]).

3. Das Verhältnis des VZEG zum übrigen Privatrecht

Das VZEG schuf u. a. eine Sonderregelung auf dem Gebiete des Pfandrechtes. Eine solche setzt notwendigerweise eine Eigentumsordnung und diese eine solche des Obligationenrechts voraus [3]). Beides regelt das VZEG nicht. Was gilt? ZGB und OR (inklusive dazugehörende Nebenerlasse), soweit sich aus dem VZEG nicht eine (abweichende) Regelung entnehmen läßt. Nämlich:

---

[1]) Vgl. Volmar in M VII (1909), 97; BBl 1918 III 355; Fleiner, BSTR 473; anders Burckhardt, Studien 65 ff., insbesondere 68: Das Merkmal des öffentlichen Verkehrs ist dem Begriffe der Eisenbahn nicht wesentlich hingegen der Kontrahierungszwang. Darüber, was die Praxis unter öffentlichem Verkehr versteht, und zu was für Schwierigkeiten dies Merkmal in der Praxis führen kann, vgl. Haenni 23 f. Siehe auch Burckhardt, Ko 191.

[2]) So auch Oetiker I N 2 zu Art. 1 aVZEG.

[3]) Burckhardt, „Organisation" 29 f.

Der Einleitungstitel des ZGB und die in seinen übrigen Teilen sich befindlichen allgemeinen Grundsätze sind anwendbar für das gesamte Bundeszivilrecht, also auch für das Eisenbahnpfandrecht. Dasselbe gilt nach Art. 7 ZGB auch für die allgemeinen Bestimmungen des OR [1]). Umgekehrt wird das VZEG vom ZGB (Art. 62 Schlt) und vom OR (Übergangsbestimmungen) vorbehalten.

Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß sich bei der Anwendung dieser Gesetze echte Lücken (keine Antwort auf eine Frage), Widersprüche (mehrere sich ausschließende Antworten auf die gleiche Frage) und Unklarheiten (mehrdeutiger Wortlaut) zeigen. Wie Burckardt in seiner „Methode", 258 ff. (vgl. im Zusammenhang damit auch Methode, 85 ff.) und seiner „Einführung", 213 ff dartut, können diese logischen Mängel des geltenden Rechts nicht durch logische, sondern nur durch wertende Urteile behoben werden. Der für das gesamte Bundeszivilrecht geltende Art. 1 ZGB weist den Richter an, diese Mängel zu beheben und zwar dadurch, daß er nach derjenigen Regel entscheidet, die er als Gesetzgeber, d. h. vernünftigerweise aufstellen würde. Die Regel soll sich widerspruchslos in die bereits vorhandenen Rechtssätze einordnen und die verschiedenen Interessen so gerecht wie möglich befriedigen [2]).

Art. 1 ZGB gilt vernünftigerweise nicht nur für den Richter, sondern für alle Bundeszivilrecht anwendenden Behörden.

Das ist m. E. alles, was allgemein über das Verhältnis des VZEG insbesondere zum OR und ZGB gesagt werden kann, und es ist müßig, allgemeine Regeln, Rezepte zu suchen und aufzustellen, die, auf einen auftretenden logischen Mangel angewandt, „die richtige Lösung geben" sollen. Wie man die hier vertretene Ansicht tauft oder zutreffend bezeichnet (ob: das ZGB und das OR sind subsidiär anwendbar oder: also sind sie nicht subsidiär anwendbar) [3]), ist für die Sache selbst gleichgültig.

Gleich ist übrigens auch die Anwendung des SchKG zu verstehen im Verhältnis zum VZEG [4]).

---

[1]) Egger, N 4 ff. zu Art. 7 ZGB.

[2]) Egger, N 36 zu Art. 1 ZGB, Burckhardt, insbesondere Einführung 214.

[3]) Für die subsidiäre Anwendung des ZGB Wieland N 9 zu Art. 793 ZGB; dagegen der Bundesrat im BBl 1913 IV 429, Leemann N 50 zu Art. 793 ZGB. Haab, Einleitung N 6 nennt die Regelung des VZEG abschließend.

[4]) In die Lücken des VZEG tritt das SchKG (Blumenstein, 138 Anm. 11, Jaeger, N 1 zu Art. 30 SchKG).

Über den Begriff des Pfandrechtes

§ 2

Das Wesen der Dinglichkeit

ZGB und BGB verstehen übereinstimmend unter einem Pfandrecht ein Recht, sich aus einer Sache, der Pfandsache, einen gewissen Geldbetrag zu verschaffen, und zwar — und das ist wesentlich — *durch eigene Handlung*, wenn auch (heute) mit Hilfe des Staates. Das Verwertungsrecht wird also „nicht dadurch verwirklicht, daß der Eigentümer dem Pfandberechtigten eine Geldleistung macht; das Pfandrecht erzeugt nicht einen Anspruch gegen den jeweiligen Sacheigentümer auf eine solche Leistung" [1]). Dieses „eigenhändige" Verwertungsrecht an einer Sache ist unmittelbare Herrschaft über sie. Rechte solchen Inhaltes nennt man dingliche. Die *Dinglichkeit* zeigt sich bei den Pfandrechten insbesondere darin, daß der Pfandgläubiger „allein über die Aufhebung seines Rechtes verfügen kann und daß ohne seine Zustimmung das Recht nicht aufgehoben werden kann" und er legitimiert ist, es jedermann gegenüber zu behaupten [2]), daß sich m. a. W. der Pfandgläubiger aus der Sache befriedigen kann, auch wenn sie sich nicht (mehr) im Vermögen des Schuldners befindet.

Der Gesetzgeber, der das dingliche Recht schafft, einer Sache einen bestimmten Geldbetrag zu entnehmen, wird normalerweise auch dafür sorgen, daß ihr Wert erhalten bleibe; denn ein Verwertungsrecht an einer wertlos gemachten Sache ist uninteressant. Der Wert der Pfandsache kann vermindert werden durch Bestellung von beschränkt dinglichen Rechten und wird vermindert durch schädigende körperliche Einwirkung. Sorgt

[1]) Wolff 457 ff., insbesondere 458 f., wo die Theorien widerlegt sind, die dem Eigentümer eine Leistungspflicht aufbürden; ferner Planck III, insbesondere 10, 182, 1397. Gleich auch Leemann, N 2 zu Art. 827 ZGB: der Eigentümer schuldet nicht, sondern hat nur die Zwangsvollstreckung zu dulden.

[2]) Burckhardt, Einführung 83.

der Gesetzgeber nicht für die Wertbeständigkeit der Pfandsache, ist das Recht der Pfandgläubiger aber trotzdem dinglich; denn das Recht, zu gegebener Zeit fremdes Eigentum zur Übertragung zu bringen und an dem darausfließenden Erlös gebührend teilzunehmen, bleibt bestehen.

Inwiefern das Eisenbahnpfandrecht dinglich wirkt, m. a. W. welches sein Inhalt sei, wird sich im Laufe dieser Arbeit zeigen.

§ 3

Der akzessorische Charakter des Eisenbahnpfandrechts

1. Über den Begriff der Akzessorietät

Anfänglich ist das Pfandrecht „überall ein zur Sicherung einer Forderung bestehendes Recht an einer Sache; der Bestand der zu sichernden Forderung ist ihm gerade so wesentlich, wie er es der Bürgschaft ist“ [1]; m. a. W.: anfänglich ist das Pfandrecht akzessorisch, es „besteht nur, sofern die Hauptschuld besteht“ [2], „ohne Forderung kann es weder entstehen noch fortbestehen“ [3].

Eine folgerichtig durchgeführte Akzessorietät ruft beim Pfandrecht nach folgenden Rechtsätzen:

a) ohne Forderung kann das Pfandrecht nicht entstehen;
b) das Pfandrecht geht unter, wenn die gesicherte Forderung erlischt;
c) das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

2. Das Eisenbahnpfandrecht ist akzessorisch

Akzessorisch im erwähnten Sinne sind die Pfandrechte des gemeinen Rechts und die des ZGB [4].

Das deutsche Recht hat aber auch Pfandrechte geschaffen, „die von einer Forderung unabhängig sind ....: hier darf sich

[1]) Wolff 457 f.; vgl. die hier zitierte Literatur über die Geschichte des Pfandrechts.
[2]) Burckhardt, Einführung 108.
[3]) Windscheid I 1008.
[4]) Auch der Schuldbrief besteht nicht zu Recht ohne Forderung.

der Berechtigte durch Sachverwertung einen Geldbetrag verschaffen, gleichviel, ob ihm eine (sicherzustellende) Forderung zusteht oder nicht" [1]). Im BGB sind nicht akzessorisch die Grund- und die Rentenschuld (§§ 1191—1203).

Ist das Eisenbahnpfandrecht akzessorisch? Die Frage ist zu bejahen:

Nach Art. 3 aVZEG/VZEG kann es bestellt werden zur *Versicherung* bestehender oder künftiger *Schuldverpflichtungen.* Gleicher Ansicht war von jeher auch die Praxis. So heißt es im Schlußbericht über die Zwangsliquidation der Nationalbahngesellschaft (vgl. unten 104): „Reicht aber der Erlös der vom Pfandrecht umfaßten Aktive für Klasse VI nicht aus, so treten die Pfandgläubiger für das Fehlende in die VII. Klasse." Unter Pfandschuld im Sinne des VZEG oder der Vo ist daher nicht nur eine Haftung des Pfandobjektes zu verstehen.

3. Im einzelnen

a) Kann das Eisenbahnpfandrecht ohne Forderung entstehen?

Die Bahnunternehmungen beschaffen sich die notwendigen Geldmittel großenteils durch Anleihen. Nach Erkundigungen werden zu diesem Zweck auch Darlehen abgeschlossen, gerade von kleineren Bahnen. Der angegangene Kapitalist, regelmäßig eine Bank, verspricht, die nachgesuchten Mittel zu gewähren, aber erst, nachdem ein Pfandrecht bestellt sei. Rechtlich liegt ein Darlehensvertrag vor; denn dieser ist nach Art. 305 OR ein Konsensualkontrakt. Der Darleiher macht dabei seine Verpflichtung, Hingabe des Geldes zu Eigentum, abhängig von der Bedingung, daß zunächst ein Pfandrecht bestellt werde für den ihm mit der Hingabe entstehenden Anspruch auf Rückerstattung. Es wird somit ein Pfandrecht für eine künftige Forderung bestellt [1]).

Wann entsteht in diesem Falle das Pfandrecht? Mit dem Entstehen der Forderung, sagt Windscheid I 1097 ff. für das gemeine Recht; für den Rang aber könne unter Umständen schon der Zeitpunkt der Verpfändung maßgebend sein. Nach Dernburg I 518 ff. können die Parteien das Pfandrecht bereits mit der Verpfändung entstehen lassen; es existiere aber bloß für den Fall, daß die Pfandforderung entstehe; bis zu diesem Augen-

[1]) Über die Forderungen, die mit Eisenbahnpfandrecht gesichert werden können, vgl. unten 45 ff.

blicke bestehe ein Schwebezustand. Sei es gewiß, daß die Forderung nicht entstehen werde, erlösche das Pfandrecht, wie wenn es nie bestanden hätte.

Was Dernburg für das gemeine Recht dem Gutdünken der Parteien anheimstellt, stellt das VZEG als zwingende Regel auf. Nach dessen Art. 4 entsteht für ein künftiges Anleihen das Pfandrecht mit der Bewilligung durch die Verpfändungsbehörde, d. h. mit der Verpfändung. Allerdings werde es definitiv erst mit seiner Einzahlung, also mit dem Entstehen der zu versichernden Forderung. Vorher bestehe es nur eventuell, nur für den Fall, daß der Anleihensbetrag ausbezahlt werde.

Diese Regelung gilt vernünftigerweise auch für Darlehen und für die Versicherung künftiger Forderungen überhaupt.

Das Pfandrecht entsteht in diesen Fällen suspensiv bedingt, aber es entsteht. Die zukünftigen Gläubiger werden daher mit der Verpfändung Pfandgläubiger. Sie besitzen alle aus dem Pfandrecht fließenden Rechte, außer dem der Verwertung.

Tritt die Bedingung nicht ein oder nicht innerhalb der vereinbarten Frist oder ist mit Sicherheit anzunehmen, daß sie sich nicht erfüllen wird, fällt das Pfandrecht dahin, wie wenn es nie bestanden hätte. Es gelten die allgemeinen Regeln des OR.

Es kann nicht abgestritten werden, daß die Ordnung, welche das VZEG hinsichtlich der Verpfändung künftiger Forderungen aufstellt, mit dem Prinzip der Akzessorietät nicht in Einklang gebracht werden kann. Aber den Pfandrang vor dem Pfandrecht entstehen lassen, wie es das gemeine Recht zuläßt, verträgt sich auch nicht damit [1]).

Folgerichtig dagegen ist das BGB, wenn es bestimmt, daß bis zur Entstehung der Forderung eine Hypothek nicht bestehe, sondern eine Grundschuld (d. i. ein von einer persönlichen Forderung unabhängiges Grundpfandrecht) [2]).

b) Erlischt das Eisenbahnpfandrecht mit dem Untergang der versicherten Forderung?

Das VZEG enthält darüber keine ausdrücklichen Vorschriften. Einen Anhaltspunkt liefern der Art. 3 (Schema des Pfandbuches) und Art. 9 Vo, indem sie vom „.... Erlöschen des Pfandrechtes infolge gänzlicher Rückzahlung des Anleihens oder Verzichts oder einer Zwangsliquidation usw. ....“ sprechen. Diese

[1]) So auch Petzall, Die Abweichungen von der akzessorischen Natur des Pfandrechts nach römischem Recht, Diss. Berlin, 1895, 9 ff.

[2]) Planck III 944 ff.; Wolff 472.

Beispiele legen den Schluß nahe, daß das Pfandrecht mit der Forderung untergeht. Es steht in der Tat nichts im Wege, um nicht Art. 114 Abs. 1 OR gelten zu lassen: „Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung".

Diese Antwort gibt grundsätzlich auch das gemeine Recht [1]) und das BGB, insbesondere für seine Sicherungshypothek [2]) (vgl. auch unten 122 ff.).

c) Kann das Pfandrecht unabhängig von der Pfandforderung übertragen werden?

Kann die Pfandforderung ausgewechselt werden unter Fortbestand des Pfandrechtes, sei es, daß es von der Forderung abgetrennt wird und diese „entsichert" weiterbesteht, oder daß es doch wenigstens bei deren Untergang auf eine neue übergehen kann [3])?

Gerade in dieser letzten Variante ist die Frage für die Bahnen sehr aktuell: sie müssen zur Tilgung ihrer Pfandschulden regelmäßig Geld aufnehmen. Wenn mit der Zahlung der versicherten Schuld die Forderung samt dem Pfandrecht untergeht, so bleibt nichts anderes übrig, als für die aufgenommenen Mittel ein neues Pfandrecht zu errichten. Dieses geht aber allen andern nach [4]). Folge: das Darlehen wird unter entsprechend schlechtern Bedingungen gewährt — wenn es überhaupt gewährt wird.

Das gemeine Recht hat in gewissen Fällen dem Pfandeigentümer die Möglichkeit gegeben, ohne Mitwirkung der nachgehenden Pfandgläubiger das Pfandrecht auf eine neue Forderung zu übertragen. Allen diesen Fällen war gemeinsam, daß dabei das Pfandrecht von einer *untergehenden* Forderung abgelöst wurde. Man wich vom Prinzip der Akzessorietät ab — den Bedürfnissen des Verkehrs, der Billigkeit zuliebe [5]). Aber das waren Ausnahmen.

§ 1180 BGB läßt die Auswechslung der Hypothekenforderung ganz allgemein zu. Planck III 1292 sieht darin entgegen Wolff 487 mit Recht eine Abweichung vom nebenrechtlichen Charakter der Hypothek.

---

[1]) Windscheid I 1011 f.
[2]) Planck III 1320.
[3]) Nicht zu verwechseln mit der Frage des Rangvorbehaltes (unten 109 f.).
[4]) Es gilt das Nachrückungssystem und nicht das der festen Pfandstelle (unten 105 f.).
[5]) Windscheid I 1050, Petzall a. a. O.

Das VZEG schweigt über die Frage der Forderungsauswechslung. Da aber das Eisenbahnpfandrecht grundsätzlich akzessorisch gebaut ist, muß ihre Zulässigkeit verneint werden [1]). Das ist auch der Standpunkt der Praxis. Diejenigen Autoren, die die Forderungsauswechslung für das Grundpfandrecht des ZGB vertreten[2]), können zum Gegenbeweis nicht herangezogen werden, da sie ihre Zulässigkeit aus Grundlagen schließen, die dem Eisenbahnpfandrecht fehlen: dem Eintragungsprinzip und dem System der festen Pfandstelle.

Windscheid I 1054 führt neben der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Pfandrechtes auf eine neue Forderung noch zwei Fälle an, bei denen dieses *von Gesetzes wegen* die Forderung wechselt. Von ihnen interessiert hier allein das sogenannte ius offerendi et succedendi:

Jeder nachgehende Pfandgläubiger erwirbt durch Befriedigung eines vorgehenden Gläubigers dessen Pfandrecht. Windscheid stellt sich damit allerdings gegen die herrschende Meinung, die hier nicht Untergang, sondern Übergang der Forderung auf den zahlenden Gläubiger annimmt.

Das BGB läßt, wenn der Eigentümer, ohne zu schulden, einen Hypothekargläubiger befriedigt, dessen Forderung samt Pfandrecht von Gesetzes wegen auf jenen übergehen (§ 1143). Ähnliches enthält § 268. In diesen Fällen — und weiteren, wo ein Dritter an Stelle des Schuldners den Gläubiger befriedigen kann und zwar auch gegen den Willen des Schuldners [3]) — wird einhellig angenommen, daß die Forderung durch die Befriedigung des Schuldners nicht unter-, sondern auf den Befriedigenden übergehe. Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes sind nach § 312 BGB u. a. auch anwendbar die Vorschriften über die (rechtsgeschäftliche) Zession [4]).

Das ZGB besitzt für die Grundpfandverschreibung eine analoge Vorschrift in Art. 827. Sie ist auf das VZEG nicht anwendbar. Das schadet nichts. Das Bundesgericht (BGE 61 II 182) hat nämlich mit Recht festgestellt, daß der Art. 110 OR allgemeine Grundsätze im Sinne von Art. 1 ZGB enthalte, Art. 827 in ihm

[1]) Mit Hinweis auf die Akzessorietät entscheidet das Bundesgericht diese Frage gleich für die Grundpfandverschreibung (BGE 60 II 96 f.).

[2]) Z. B. Weber 65 f., Gautschi 177.

[3]) Planck III 1124, Enneccerus-Lehmann 92 f., Planck II 147.

[4]) Dies betreffend Abtretbarkeit (§§ 399, 400) und Übergang der Nebenrechte (§ 401), Einreden des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger (§ 404), die Sonderregel betreffend Verrechnung (§ 406), die Denuntiation (§§ 407, 409).

enthalten sei. Art. 110 OR gilt gemäß Art. 7 ZGB für das gesamte Bundeszivilrecht — auch für das VZEG, sofern aus ihm keine abweichende Sonderregelung zu entnehmen ist, und das ist nicht der Fall.

Art. 110 lautet:

Soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, gehen dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn über:

1. Wenn er eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht,
2. Wenn der Schuldner dem Gläubiger anzeigt, daß der Zahlende an die Stelle des Gläubigers treten soll.

In Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht, die für die gleichgelagerten Fälle des gemeinen Rechts und des BGB vertreten wird, nimmt man mit Recht mehrheitlich auch für Art. 110 OR an, daß durch die Befriedigung des Gläubigers die Forderung nicht erlösche, sondern auf den befriedigenden Dritten übergehe und dabei — wie im BGB — die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Abtretung grundsätzlich anwendbar seien (Art. 167 ff. OR: Einreden, *Übergang der Nebenrechte* usw.; wo eine Forderung nicht zediert werden kann, ist auch keine Subrogation möglich, außer wo die Nichtabtretbarkeit auf Rechtsgeschäft beruht) [1]). Die herrschende Ansicht über die Subrogation wahrt die Akzessorietät der Nebenrechte. Art. 110 OR fügt sich daher ausgezeichnet ins VZEG ein.

Eingangs wurde gezeigt, warum das Problem der Forderungsauswechslung für die Bahnen so brennend ist. Die Frage nach ihrer Zulässigkeit mußte verneint werden. Art. 110 OR schafft einen Ersatz: die Bahn läßt den Pfandgläubiger durch ihren Geldgeber befriedigen und zeigt ihm an, daß der Zahlende an ihre Stelle treten solle. Dieser erwirbt die Forderung des befriedigten Pfandgläubigers samt Pfandrecht. Es steht dann nichts im Wege, daß die Bahn und ihr Geldgeber als neuer Hypothekar-

[1]) Oser Art. 110 N 8—15; Roos, Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, Diss. Bern, 1928, 87 ff.; Unrichtig daher wohl Weber 70. Die Kontroverse, ob der befriedigende Dritte eine Forderung im Umfange seiner Aufwendungen, maximal aber in der Höhe der befriedigten Forderung, erhalte (so Roos a. a. O. 89) oder eine im Betrage der befriedigten Forderung (so Oser Art. 110 N 13), wird wohl bei Forderungen mit Eisenbahnpfandrecht nicht praktisch, da es sich hier ausnahmslos um Schulden aus Anleihen und Darlehen handelt, zu deren Tilgung der ganze Forderungsbetrag aufgewendet werden muß.

gläubiger den Inhalt des Schuldverhältnisses ändern, ohne daß dabei Novation eintritt.

In diesem Zusammenhang ist folgendes zu bemerken: der moderne gesetzgeberische Gedanke geht dahin, dem Gläubiger nach Möglichkeit die Sicherungen zu erhalten [1]). Im Zweifel ist nicht Novation anzunehmen, sondern, daß das Schuldverhältnis bloß abgeändert worden sei und in abgeänderter Form weiterbestehe. Das gilt für das BGB [2]) wie für das OR [3]). „Die heutige Obligation läßt sich durch zusätzliche Vereinbarung beliebig verändern, ohne ihre Identität zu verlieren ....", sagt Wolff 164 für das BGB. Dasselbe gilt für das OR. Die beiden Rechte stehen hier überhaupt grundsätzlich auf gleichem Boden, so daß das BGB sehr gut herangezogen werden kann.

Diese Arbeit kann nicht der Ort sein zu einer eingehenden Untersuchung, wann Novation vorliege und wann nicht. Es sollen aus der reichen Kasuistik hier nur beispielsweise ein paar wichtigere Fälle herausgegriffen werden:

Keine Novation liegt vor bei Zusätzen, die Ort und Zeit der Leistung betreffen oder diese erweitern. Hauptkriterium zur Entscheidung ist immer der Wille der Parteien [5]).

Der Wille zu novieren, wird in den oben erwähnten Fällen regelmäßig nicht vorliegen. Da auch der Rechtsgrund (Darlehen, Anleihen) nicht durch einen andern ersetzt werden wird, ist Novation wohl eine Seltenheit. Bei Erweiterungen der bisherigen Leistung ist aber zu beachten, daß sie nicht pfandgesichert ist, wenn die nachgehenden Pfandgläubiger nicht zustimmen (Näheres unten 45).

---

[1]) Staudinger II 362.
[2]) Planck II zu § 305, Wolff 165.
[3]) Art. 116, Abs. 1 OR: Novation wird nicht vermutet.
[4]) Oser N 6 zu Art. 116 OR, Wolff 164 f., 269 ff.
[5]) Oser zu Art. 116 OR; Wolff 163 ff., 269 ff.; Planck II zu § 305.

Die Entstehung des Eisenbahnpfandrechtes

1. Abschnitt:

§ 4

Gesetzliche Eisenbahnpfandrechte

1. BB über Hilfeleistung an notleidende Transportunternehmungen vom 18. 12. 1918 [1])

Nach diesem Bundesbeschluß sind die aus der Hilfeleistung entstehenden Forderungen bis zur Hälfte des Betrages der im Zeitpunkte der Unterstützung bereits bestehenden Pfandrechte und Vorrechte durch gesetzliches Pfandrecht gesichert (Art. 8).

Dieser BB wurde durch den BB über Krisenhilfe zur Aufrechterhaltung des Betriebes privater Eisenbahnen und Schiffsunternehmen vom 13. 4. 1933 [2]) aufgehoben außer in seinen Art. 9 und 11 für die bereits entstandenen Forderungen. Aus Art. 11 a. E. des aufgehobenen BB (.... Pfandberechtigt sind) ist zu schließen, daß die bereits entstandenen Forderungen pfandberechtigt weiterbestehen.

Der BB von 1933 wiederum wurde aufgehoben durch den BB vom 22. 10. 1937 über Krisenhilfe zur Aufrechterhaltung des Betriebes privater Eisenbahnen und Schiffsunternehmen [3]). Er ermächtigt den Bundesrat, in Verbindung mit den Kantonen privaten Eisenbahnen und Schiffsunternehmen, deren Betrieb von erheblicher Bedeutung ist und die sich in normalen Zeiten auf die Dauer selbst zu erhalten vermögen (Art. 1), auf vertraglichem Wege (Art. 6) zur Aufrechterhaltung des Betriebes (Art. 1) Darlehen oder Beiträge (Art. 2) zu gewähren, wenn infolge der Krise die Einnahmen zur Deckung der Betriebsausgaben nicht

[1]) AS 34, 1243 ff., Burckhardt, Bundesrecht V Nr. 3175; Beispiel in BGE 49 III 263.
[2]) AS 49, 247 ff.
[3]) AS 54, 49 ff.

ausreichen (Art. 1). Die weitern Bedingungen sind ähnlich umschrieben wie in seinen Vorgängern: den BB von 1918 und 1933. Wichtig ist, daß auch er für Forderungen, die unter der Herrschaft des BB von 1918 entstanden sind, dessen Art. 9 und 11 für sie vorbehält bis zu ihrem Erlöschen (Art. 13, Abs. 3); ferner daß die Pfand- und Prioritätsgläubiger im Sinne von Art. 7 VZEG gegen das Hilfegesuch Einsprache erheben können, daß bei gültiger Einsprache dem Gesuche keine weitere Folge gegeben wird. Diese weitgehende Befugnis erklärt sich aus Art. 8: die Gläubiger aus diesen Krisenhilfe-Darlehen werden für sie samt allen laufenden und rückständigen Zinsen vorab befriedigt aus dem Erlös, der übrig bleibt aus der Deckung der Forderungen gemäß Art. 40, Ziff. 1—4 VZEG. Diese Krisenhilfe-Darlehen genießen demnach kein Eisenbahnpfandrecht.

Der BB war gültig vom 1. 1. 1938 bis am 31. 12. 1939 (Art. 12, 13, Abs. 1); vorbehalten bleibt seine Anwendung nach diesem Zeitpunkt für die Erledigung der Ende 1939 noch hängigen Gesuche. Da der BB sein Konkursprivileg an die von ihm betroffenen Forderungen knüpft, bleibt es diesen bis zu ihrem Untergang erhalten (Art. 13, Abs. 2).

Der eben erwähnte BB ist abgelöst worden durch das BG über die Hilfeleistung an private Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen vom 6. 4. 1939, vom Bundesrat in Kraft gesetzt auf den 1. 11. 1939 [1]). Wenn die beteiligten Kantone mindestens gleichwertig mithelfen (Art. 5), kann der Bundesrat im Rahmen des ihm eröffneten Kredites (max. 125 Millionen Fr.) einem nach Maßgabe von Art. 1 wichtigen Eisenbahn- oder Schiffsunternehmen in Notlage gemäß Art. 3 auf Gesuch hin zur finanziellen Wiederaufrichtung Kredit gewähren oder Schulden erlassen. Dafür erhält der Bund einen sehr weitgehenden Einfluß auf die Verwaltung des unterstützten Unternehmens. An Unternehmen, die nicht unter Art. 1 fallen, aber auch nicht nur im wesentlichen dem Ortsverkehr, dem Touristenverkehr und dem Hotelgewerbe dienen, können Darlehen gewährt werden für technische Erneuerungen und Verbesserungen; ferner kann allen privaten Eisenbahn- und Schiffsunternehmen durch Darlehen die Fusion mit einem Unternehmen im Sinne von Art. 1 ermöglicht werden. — Alle die erwähnten Forderungen gemäß BG vom 6. 4. 1939 — und das ist das Neue — genießen weder ein

[1]) BBl 1939 I 579.

Pfandrecht noch ein Konkursprivileg. Der Kredit des Unternehmens wird also geschont.

Neben das eben erwähnte, sogenannte Privatbahnhilfegesetz trat rückwirkend auf den 1. 1. 1940 der BRB über außerordentliche Hilfsmaßnahmen zugunsten notleidender privater Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen (Kriegshilfe) vom 17. 5. 1940 in Kraft [1]). Nach ihm kann der Bund in Verbindung mit den Kantonen notleidenden Eisenbahn- und Schiffsunternehmen von erheblicher militärischer oder volkswirtschaftlicher Bedeutung Hilfe zur Aufrechterhaltung oder Durchhaltung ihres Betriebes gewähren, wenn infolge der durch den Krieg geschaffenen Verhältnisse die Einnahmen zur Deckung der Betriebsausgaben nicht mehr genügen. Die Hilfe kann in Form von Darlehen oder Beiträgen gebracht werden oder dadurch, daß der Bund die Verpflichtungen laut Konzession erleichtert oder auf ihm zustehende Verbindlichkeiten oder Vorrechte (Pfandrechte, Geltendmachung eines Konkursprivileges) verzichtet (Art. 2). Darlehen sind aus den Einnahmeüberschüssen jedes Jahr vorweg zurückzuerstatten (Art. 8). Sie werden in einem Konkurse samt den laufenden und rückständigen Zinsen nach der 4. Klasse befriedigt; sind noch Darlehen und Zinsen aus der Krisenhilfe im Sinne der BB von 1933 und 1937 geschuldet, so dient der Einnahmeüberschuß oder der Steigerungserlös vorab zur Deckung dieser älteren Forderungen. Nicht berührt wird grundsätzlich das BG von 1939 (Art. 10). Von der Einreichung des Hilfegesuches weg (Art. 4) bis zu seiner rechtskräftigen Entscheidung und, wenn die Hilfe beschlossen ist, von diesem Entscheide weg bis nach Ablauf von 3 Jahren (von der letzten Hilfeleistung an gerechnet) kann die Liquidation der Unternehmung nur auf Verlangen bzw. nur mit Zustimmung des Eisenbahndepartementes angeordnet werden (Art. 9). — Die Bestimmungen dieses BRB sind demnach geeignet, auf die Rechte der bestehenden Pfandgläubiger spürbar einzuwirken.

Die genannten gesetzlichen Erlasse von 1933, 1937, 1939 und 1940 wurden nicht nur einer gewissen Vollständigkeit zuliebe gestreift, sondern auch im Hinblick auf die — mittelbaren oder unmittelbaren — Einwirkungen auf die Rechte der Pfandgläubiger.

---

[1]) AS 56, 486 ff.

2. Das BG über die Unterstützung von privaten Eisenbahn- und Dampfschiffsunternehmungen zum Zwecke der Einführung des elektrischen Betriebes vom 2. 10. 1919 [1])

Auf Gesuch hin kann der Bundesrat bei Mithilfe der Kantone und eventuell auch der Gemeinden privaten Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen, die für den allgemeinen Verkehr des Landes oder eines Gebietes desselben von erheblicher Bedeutung sind, vertraglich Mittel gewähren zur Elektrifizierung unter den im zitierten Gesetze näher umschriebenen Bedingungen.

Gemäß Art. 8 genießen die diesbezüglichen Leistungen des Bundes, der Kantone, der Gemeinden oder auch der privaten Darleiher samt allen rückständigen Zinsen von Gesetzen wegen ein Eisenbahnpfandrecht. Es steht von Gesetzes wegen mit den Betriebsdefizit-Darlehen gemäß BB vom 18. 12. 1918 im ersten Range.

Einsprache erheben kann, wer gemäß Art. 7 VZEG Gläubiger ist, nicht.

2. Abschnitt:

Das rechtsgeschäftliche Eisenbahnpfandrecht

§ 5

Das Verhältnis des rechtsgeschäftlichen Eisenbahnpfandrechts zur Bewilligung durch die Verpfändungsbehörde

Der Übersicht zuliebe soll zuerst das Bewilligungsverfahren kurz skizziert werden:

Zur Bestellung eines Eisenbahnpfandrechts ist die Bewilligung des Bundesrates erforderlich (Art. 1). Er macht das Pfandbestellungsbegehren im Bundesblatt bekannt und setzt für die Erhebung von Einsprachen eine angemessene Frist (Art. 2). Nach ihrem Ablauf und Erledigung allfälliger Einsprachen wird das Pfandrecht bewilligt, wenn nachgewiesen wird, daß es bereits bestehende Schuldverpflichtungen oder ein Anleihen, das

[1]) AS 36, 17 ff., Burckhardt, Bundesrecht V Nr. 3176.

zu Bahnzwecken verwendet werden soll, zu sichern hat (Art. 3). Die bewilligten Pfandrechte werden dann in das sogenannte Pfandbuch eingetragen (Art. 5).

1. Beruht das Eisenbahnpfandrecht überhaupt auf Rechtsgeschäft oder stützt es sich nicht vielmehr auf die behördliche Bewilligung?

Genauer: entweder das Pfandrecht besteht, sobald es bewilligt ist und besteht nach Maßgabe der jeweiligen Bewilligung, Verfügung der Verpfändungsbehörde. (Dabei kann entscheidend sein die Bewilligung so, wie sie erteilt, geäußert oder so, wie sie ins Pfandbuch aufgenommen wird.) Oder aber Bestand und Inhalt des Pfandrechts sind abhängig von einem Rechtsgeschäft (dem die zuständige Behörde zugestimmt hat). Für andere Möglichkeiten bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt.

Das Pfandrecht bestehe zu Recht nach Maßgabe der behördlichen Bewilligung, bedeutet, daß es jeder nach dieser Maßgabe erwirbt und überträgt und daß es folgerichtigerweise zum Untergang gebracht werden kann nur durch Verfügung der bewilligenden Behörde. Die Bewilligung hat uneingeschränkt negative und positive Rechtskraft, hieße es in der Sprache des Grundbuchrechtes.

Diese Möglichkeit läßt sich mit dem Gesetz nicht in Einklang bringen; denn nach der gestützt auf Art. 5 VZEG erlassenen Verordnung erlischt das Pfandrecht „infolge gänzlicher Rückzahlung des Anleihens oder eines Verzichtes oder einer Zwangsliquidation" (Art. 9 in Verbindung mit Art. 3 Vo). Diese Untergangsgründe lassen sich mit einer uneingeschränkt geltenden positiven und negativen Rechtskraft der Bewilligung nicht vereinbaren.

Dieses Ergebnis ließen auch die geschichtlichen Grundlagen erwarten: als das aVZEG geschaffen wurde — das VZEG ist seine ziemlich getreue Kopie —, kannten nur drei Kantone im Immobiliarsachenrecht das Grundbuchsystem. Mit der Grundbuchwirkung gingen sie dabei nicht weiter als heute das ZGB [1]). Bei dieser Sachlage ist es schon unwahrscheinlich, daß die Bewilligung oder der Eintrag ins Pfandbuch auch nur die Wirkungen des heutigen Grundbuches zeitigt, geschweige denn solche im oben zunächst angenommenen Umfange.

[1]) Huber, SPR III 87 ff.

Der behördlichen Mitwirkung bei der Bestellung eines Pfandrechtes kommt negative und positive Rechtskraft aber auch nicht in beschränktem Umfange zu, etwa so wie im Grundbuchrecht; denn hiezu fehlt jede gesetzliche Grundlage.

Art. 4 VZEG schließt jede Grundbuchwirkung auch aus für den Eintrag des Pfandrechtes im Pfandbuch. Nach ihm entsteht nämlich das Pfandrecht mit seiner Bewilligung. Es geht auch unabhängig vom Pfandbuch unter (unten 133, 141).

Eine gegenteilige Ansicht wurde in der vorliegenden Frage bis heute nicht vertreten, weder von der Doktrin noch der Rechtsprechung, noch auch der Praxis der Pfandbewilligungs- oder Pfandbuchbehörden.

2. Die rechtliche Bedeutung des Rechtsgeschäftes und der behördlichen Bewilligung

Das Pfandrecht beruht auf Rechtsgeschäft; die Bewilligung ist Voraussetzung für seine Wirksamkeit. Mit andern Worten: weder das dingliche Rechtsgeschäft noch die behördliche Verfügung haben für sich allein dingliche Wirkung. Diese kommt dem Rechtsgeschäft nach seiner Maßgabe zu, sobald ihm die zuständige Behörde zugestimmt hat. Dingliches Rechtsgeschäft und Bewilligung sind gleichwertige Erfordernisse für die Entstehung des Eisenbahnpfandrechts. Zwischen ihnen bestände demnach grundsätzlich dasselbe Verhältnis wie zwischen Anmeldung und Eintrag ins Grundbuch nach ZGB und Einigung und Eintrag nach BGB [1]):

Wenn daher ein Pfandbestellungsbegehren nicht gestellt wird oder, wenn gestellt, sich (bei der Bewilligung oder später) als ungültig erweisen sollte, bringt die Bewilligung allein das Pfandrecht nicht zur Entstehung. Wenn sie vom Begehren abweicht, z. B. im Gegenstande, Umfang oder Rang des Pfandrechtes, so wird die Rechtsänderung regelmäßig nicht eintreten, es sei denn, daß sie über das Begehren hinausgeht, dieses aber enthält. Hier kann sich die Rechtslage im Rahmen des Begehrten ändern.

Wird auf Grund eines ungültigen Begehrens das Pfandrecht bewilligt, so entsteht es, sobald jenes durch ein gültiges ersetzt oder gültig wird; eine neue Bewilligung ist nicht nötig. Bewilli-

[1]) Vgl. Planck III zu § 873.

gung und Begehren brauchen demnach nicht gleichzeitig gültig vorzuliegen [1]).

Die Bewilligungsbehörde kann das Begehren nur so, wie es gestellt ist, entweder bewilligen oder nicht; gültig abändern kann sie es nicht.

Soll der Inhalt eines bestehenden Eisenbahnpfandrechtes geändert werden und stellt diese Änderung eine teilweise Neubegründung dar, so gelten für sie die Vorschriften über die Neubegründung.

3. Die rechtliche Natur des Rechtsgeschäftes

Welcher Art ist das Rechtsgeschäft, das, wenn es die behördliche Zustimmung erhält, das Pfandrecht begründet: Ist es einseitig wie z. B. die grundbuchliche Anmeldung nach ZGB [2]) oder zweiseitig wie z. B. die Einigung über die Änderung des dinglichen Rechtsbestandes gemäß § 873 BGB? Ist es kausal derart, daß das Pfandrecht zu Recht besteht und erworben wird nur, wenn das Pfandversprechen (d. i. der zur Errichtung eines Pfandrechtes verpflichtende Vertrag), das Kausalgeschäft gültig ist? [3]) Oder ist das Rechtsgeschäft abstrakt in dem Sinne, daß es das Pfandrecht zur Entstehung bringt, gleichgültig, ob ein Pfandvertrag (gültig) bestehe oder nicht? [4])

Ein Vertrag, worin sich die Bahn zur Errichtung eines Eisenbahnpfandrechtes verpflichtet, verstößt fraglos nicht gegen Art. 20 OR. Dieser Vertrag ist also inhaltlich gültig und zwar mangels entgegenstehender Vorschrift unabhängig von der Begründung des versprochenen Pfandrechtes [5]).

---

[1]) So auch das BGB (Planck III zu § 873, 131) und das ZGB (Homberger N 6 zu Art. 974).

[2]) Z. B. Homberger, insbesondere N 3 f. zu Art. 963.

[3]) Beispiel in Homberger N 4 zu Art. 963 ZGB, Art. 974 ZGB und dazu Homberger N 2 ff.

[4]) Beispiel in Planck III 16, 144. — Das ZGB unterscheidet den Pfandvertrag (obligatorisches Geschäft) und die Anmeldung, die zugleich dingliches Geschäft und Antrag zur Auslösung des grundbuchlichen Verfahrens ist (Homberger zu Art. 963). Das BGB unterscheidet das obligatorische Geschäft, den abstrakten dinglichen Vertrag (Pfandvertrag), die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag (Planck III 127 ff.). (Die Anmeldung des ZGB entspricht diesen drei letzten Geschäften.) Die dingliche Rechtsänderung tritt nach BGB trotz der Eintragung im Grundbuch nicht ein, wenn das Grundbuch unrichtig ist, z. B. wenn das dingliche Rechtsgeschäft (Einigung oder Aufgabeerklärung) oder die Eintragungsbewilligung usw. nichtig ist. Soweit das Grundbuch unrichtig ist, besteht ein Berichtigungsanspruch. Gegenüber dem gutgläubigen Erwerber ist es nicht unrichtig (Planck zu §§ 873, 892, 894).

[5]) Für abweichendes früheres kantonales Recht vgl. Huber, SPR III 507 f.

Daß niemand einem andern gegen dessen Willen ein Pfandrecht aufzwingen kann, sondern, daß beide sich zu einigen haben und diese Einigung Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechtes ist, gilt für das ZGB wie für das BGB [1]) und vernünftigerweise auch für das VZEB. Wenigstens spricht nichts dagegen. Wo eine Einigung mangels zweier Parteien begrifflich ausgeschlossen ist, wird wie im Bereiche des ZGB [2]) auch ohne sie ein Pfandrecht errichtet werden können.

Welches Rechtsgeschäft zur Begründung des Eisenbahnpfandrechtes erforderlich ist, hat das VZEG zu bestimmen. Von einem Vertrage sagt es nichts, sondern erwähnt nur das Pfandbestellungsbegehren, also eine Willenserklärung des Verpfänders, ein einseitiges Rechtsgeschäft.

Wenn nun aber das Pfandrecht nur im Einverständnis mit seinem Erwerber entstehen soll, so muß das Pfandbestellungsbegehren kausal sein — gleich wie die grundbuchliche Anmeldung. Das ist auch die einzige Konstruktion, die m. E. mit dem VZEG in Einklang zu bringen ist.

4. Die rechtliche Natur der Tätigkeit der Verpfändungsbehörde

Was ist die Tätigkeit der Verpfändungsbehörde? Freiwillige Gerichtsbarkeit!

Darunter wird verstanden die „Mitwirkung staatlicher Organe (Gerichte und anderer Organe) bei der Entstehung, Fortentwicklung oder Endigung von Privatrechten" [3]). Inwiefern die Verpfändungsbehörde bei der Fortentwicklung oder Endigung des Eisenbahnpfandrechtes mitzuwirken hat, wird die Folge zeigen.

Soweit die Verpfändungsbehörde freiwillige Gerichtsbarkeit ausübt, werden ihre rechtsgestaltenden Entscheidungen die Organe der streitigen Gerichtsbarkeit wohl ebenfalls derart binden, daß diese sie ohne Prüfung der (inhaltlichen) Begründetheit ihren Entscheiden zugrunde zu legen haben [4]). In der gleichen

---

[1]) Bei Grundstücken z. B.: im ZGB das obligatorische Grundgeschäft, im BGB die dinglich wirkende Einigung (vgl. darüber Wolff 104 ff).

[2]) So in den Fällen des Art. 859 sowie bei der Errichtung einer Grundpfandverschreibung für vom Verpfänder ausgefertigte, aber noch nicht begebene Inhaberpapiere (arg. e. c. BGE 49 II 26: wo ein Pfandrecht erforderlich sei, ... ; Homberger in ZbJV 71, 565 f).

[3]) Matti 1032; vgl. auch Dorner, Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 3. Bd. 1913.

[4]) Matti 1033, Rosenberg 31 ff.

Lage befindet sich die Verpfändungsbehörde gegenüber Akten der streitigen Gerichtsbarkeit.

Bindend können für beide Gerichtsbarkeiten nur die von der zuständigen Behörde getroffenen Entscheide sein. Die Zuständigkeit der entscheidenden Behörde ist stets nachzuprüfen.

5. Wer urteilt, wenn der Bestand des Pfandrechtes strittig ist?

Ist es das Bundesgericht oder ein kantonales Gericht?

Das aVZEG wurde geschaffen, um für das Eisenbahnpfandrecht eine besondere und einheitliche Regelung zu schaffen (oben 1). Solches ist in der Tat notwendig [1]).

Wo das VZEG Streitigkeiten vorsieht (Art. 2, 11), weist es sie vor das Bundesgericht. Wegen der besondern und einheitlichen Regelung des Eisenbahnpfandrechtes wird es auch zuständig sein, um über einen strittig gewordenen Bestand des Pfandrechtes zu urteilen. In diesem Sinne geben einen gewissen Anhaltspunkt die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 12, 390 ff.: Was gültig verpfändet werden könne, habe es gegenwärtig (d. i. auf Klage gemäß Art. 2 hin) nicht zu entscheiden, sondern erst, *wenn die Gültigkeit des begründeten Pfandrechtes zum Gegenstande eines Privatrechtstreites werden sollte.* — Ob das Verpfändete dem Art. 9 aVZEG/VZEG entspricht, hat das Bundesgericht nie zu entscheiden, sondern höchstens vorfrageweise zu überprüfen.

§ 6

Das Pfandversprechen

Es verpflichtet den Versprechenden, ein Pfandrecht zu errichten.

Über seine Gültigkeit siehe oben 20f.

Wenn das Bahnunternehmen der im Pfandversprechen enthaltenen Verpflichtung nicht nachkommt, kann es zweifelsohne dazu verurteilt werden. Für ein solches Urteil können wir wohl grundsätzlich dieselben Folgerungen ziehen, wie sie die deutsche Wissenschaft und Praxis für § 894 DCPO [2]) gezogen hat [3]): mit

[1]) Burckhardt, Ko zu Art. 26 BV.

[2]) „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."

[3]) Stein II zu § 894, Rosenberg 246, 670 f.

der Rechtskraft des Urteils ist es so zu halten, wie wenn der Schuldner selbst die Willenserklärung formrichtig und der zuständigen Behörde oder Privatperson gegenüber abgegeben hätte. Das Urteil ersetzt nur die Willenserklärung; andere Handlungen, die der Schuldner zu leisten hat, sind nach den für sie geltenden Vorschriften herbeizuführen.

Wenn die Bahngesellschaft ihr Pfandversprechen nicht freiwillig hält, steht nichts im Wege, seine Erfüllung in der erwähnten Weise zu erzwingen. Wenigstens schließt keine Vorschrift des VZEG ein solches Vorgehen aus. Der Prüfung und Entscheidung durch die Verpfändungsbehörde wird ja in keiner Weise vorgegriffen; denn die Sachlage ist nicht anders, als wenn der Schuldner freiwillig leistete. Umstritten ist allerdings, ob das Urteil, das die Bahn zur Abgabe des Pfandbestellungsbegehrens anhält, die erwähnten Wirkungen von Gesetzes wegen nach sich zieht: manche lassen sie nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen (das VZEG sieht keine vor), andere allgemein zu. Die Anhänger beider Richtungen sind aufgeführt in Leuch, Art. 404 N 1. Er vertritt mit andern die letzte Ansicht, — wohl zu Recht. Die Frage ist aber hier nicht weiter zu verfolgen.

Im Gegensatz zum ZGB (Art. 799, Abs. 2) erwähnt das VZEG das Pfandversprechen, den Pfandvertrag nicht. In Verbindung mit Art. 11, Abs. 1 OR ist daraus zu schließen, daß es formlos gültig ist.

Wer urteilt über den Bestand des Pfandversprechens? Zur Entscheidung steht hier nicht das dingliche, sondern das vorangehende obligatorische Rechtsgeschäft. Dieses will aber das VZEG nicht regeln und regelt es auch nicht. Es bedarf keiner einheitlichen Sonderordnung und zentralisierten Beurteilung. Es spricht daher nichts gegen die Zuständigkeit der kantonalen Gerichte. Da es sich um eine persönliche Ansprache handelt, ist interkantonal Art. 59 BV zu beachten.

Über die im Bereiche des VZEG auftauchenden obligatorischen Ansprüche werden überhaupt grundsätzlich immer die kantonalen Gerichte zu entscheiden haben; einen Vorbehalt zugunsten anderer Gerichte enthält das VZEG für derartige Ansprüche nicht.

§ 7

Das Bewilligungsverfahren

1. Das Pfandbestellungsbegehren

a) Die Verpfändungsbehörden

Die Bewilligung erteilt in erster Instanz der Chef der Abteilung Rechtswesen und Sekretariat des Eidgenössischen Eisenbahndepartements, in zweiter Instanz der Chef des Eisenbahndepartements, in letzter Instanz der Bundesrat [1]).

Das Gesuch ist bei der erstinstanzlichen Verpfändungsbehörde einzureichen.

b) Der verfahrensrechtliche Inhalt des Pfandbestellungsbegehrens

Der Darleiher kann das Bahnunternehmen von seiner Verpflichtung, ein Eisenbahnpfandrecht zu bestellen, entbinden, auf sein Recht verzichten. Daher wird mit Recht die Verpfändungsbehörde nicht von Amtes wegen tätig, sondern nur auf Antrag hin. Es gilt hier also Verhandlungsmaxime [2]).

Das VZEG spricht nirgends von einem Antrag. Es steht aber nichts im Wege anzunehmen, daß das Pfandbestellungsbegehren nicht nur die materielle Verfügung, sondern auch den Antrag auf Auslösung des Verpfändungsverfahrens enthalte (oben 18 ff.). Die große Ähnlichkeit, die hier zwischen grundbuchlicher Anmeldung und Pfandbestellungsbegehren besteht, legt nahe, mit grundbuchlichen Vorschriften sinngemäß Lücken dieses Institutes auszufüllen.

Der Antrag an die zuständige Behörde, das Pfandbestellungsverfahren einzuleiten und das — bedingte oder unbedingte — Pfandrecht zu bewilligen, verträgt weder Bedingung noch Befristung; denn den Eintritt oder Ausfall einer Bedingung zu prüfen, ist nicht Sache der Verpfändungsbehörde. Ebenso verhält es sich mit der Befristung. Denselben Standpunkt vertritt auch das deutsche Recht [3]).

---

[1]) Art. 56, 57 BRB betreffend die Zuständigkeit der Departemente und der ihnen unterstellten Amtsstellen zur selbständigen Erledigung von Geschäften vom 17. 11. 1914 und die seither erfolgten Änderungen (vgl. Giacometti 208).

[2]) Darüber z. B. Burckhardt, Einführung 129, Matti 1032 f.

[3]) § 16 GBO und dazu Predari 255, 277 f, 321.

e) Legitimation

Da das Begehren das Verfügungsrecht enthält, ist wohl nur der Pfandeigentümer oder sein Bevollmächtigter legitimiert, es vorzubringen; wo es durch Urteil ersetzt wird (oben 22f.), vernünftigerweise auch noch der Pfandgläubiger oder sein Bevollmächtigter.

Pfandeigentümer wird regelmäßig eine Gesellschaft sein, legitimiert zur Anmeldung die Bahnverwaltung. Andernfalls hat nach der Praxis, wer für die Gesellschaft anmeldet, sich mit einem beglaubigten Auszug aus dem Protokoll über die beschließende Generalversammlung zu legitimieren.

d) Form

Über die Form des Begehrens vgl. unten 29.

e) Inhalt

Das Begehren muß enthalten die zu versichernde Forderung und das zu belastende Pfandobjekt; ferner wegen Art. 3 VZEG auch die Angabe des Verpfändungszweckes.

Der verfahrensrechtliche Teil des Pfandbestellungsbegehrens verträgt, wie erwähnt, weder Bedingung noch Befristung. Wie verhält es sich mit der in ihm enthaltenen dinglichen Verfügung? Regelmäßig sind zulässige Bedingungen bei jedem Rechtsgeschäft erlaubt [1]). Ausnahmsweise verbietet Art. 12 GbVo grundsätzlich bedingte Anmeldungen für das Liegenschaftsrecht, also bedingte Verfügungen [2]). Anders das deutsche Recht [3]).

Das VZEG untersagt die Bestellung bedingter Pfandrechte nicht, sieht vielmehr in Art. 4 a. E. selbst ein solches vor. Daraus ist auf die Möglichkeit bedingter Pfandrechte ganz allgemein zu schließen. In gleicher Weise ist die Frage der Befristung zu beantworten.

f) Rückzug

Der Rückzug des Begehrens wird möglich sein, solange die Verfügung nicht perfekt geworden ist, d. h. nicht bewilligt ist. Gleich entscheiden auch das schweizerische und — mit Ein-

[1]) Oser, Vorbem. 16 zu Art. 151—157 OR.
[2]) Homberger N 6 zu Art. 963 ZGB.
[3]) Planck III 144, 163.

schränkungen — ebenfalls das deutsche Grundbuchrecht [1]). Die Begründung, die Homberger (N 8 zu Art. 963 ZGB) für jenes gibt, läßt sich auch für das VZEG vertreten.

2. Die behördliche Prüfung des Pfandbestellungsbegehrens

a) Das Thema der Prüfung

Wie jede Behörde, hat sich auch die Verpfändungsbehörde an das Gesetz zu halten und daher nur die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen zu prüfen [2]). Nach dem Wortlaute des Gesetzes hätte sie einzig

aa) *den Verpfändungszweck* zu prüfen (Art. 3):

Die Bewilligung wird abhängig gemacht vom Nachweis, daß versichert wird entweder bereits bestehende Schuldverpflichtungen oder ein Anleihen, das zu einem das Unternehmen fördernden Zwecke verwendet werden soll, etwa zur Vollendung, Verbesserung oder Erweiterung des Unternehmens, zur Abzahlung von Schulden — Beispiele, die das Gesetz selbst aufführt.

Man kann sich fragen, ob das Gesetz mit den eben erwähnten Anleihen bereits eingegangene oder erst noch einzugehende Schulden meine. Der Gesetzgeber wird kaum an den wohl nicht vorkommenden Fall gedacht haben, wo ein Anleihen versichert werden soll, für dessen Mittel die Art der Verwendung noch nicht feststeht. Daher läßt seine Formulierung (. . . . verwendet werden soll) sowie die Tatsache, daß das Gesetz es den „bereits bestehenden Schuldverpflichtungen" gegenüberstellt, den Schluß zu, es handle sich um erst noch einzugehende Anleihen. Diese bilden in der Tat den häufigsten Fall der Pfandbestellung.

Die künftigen Anleihen und die andern künftigen Schulden unterschiedlich zu behandeln, liegt kein vernünftiger Grund vor.

Im Gegensatz zu den künftigen Schulden können nach dem Wortlaute des Gesetzes bestehende Schulden ohne Einschränkung versichert werden, z. B. auch Spekulationsschulden (ein drastischer, wenn auch nicht sehr wahrscheinlicher Fall). Das Gesetz bestätigt diese Lösung indirekt dadurch, daß es Anleihen zur Abzahlung *beliebiger* Schulden als versicherbar erklärt.

[1]) Homberger N 8 zu Art. 963 ZGB; § 873, Abs. 2 BGB und dazu Planck III, ferner § 32 GBO und dazu Predari.

[2]) Über die Prüfungspflicht des Grundbuchführers z. B. vgl. Homberger N 35 ff. zu Art. 965 ZGB.

Die unterschiedliche Behandlung der bestehenden und künftigen Schulden erklärt vielleicht Art. 21 VZEG:

Jede Schuld kann zur Gesamtliquidation führen. Die Wahrscheinlichkeit, sie abzuwenden, ist immerhin größer, wenn die entstandene Spekulationsschuld versichert oder, nötigenfalls mit den Mitteln eines Anleihens, rechtzeitig bezahlt werden kann. Dagegen scheint es einleuchtend, daß dem Bahnunternehmen das Eingehen von zweckfremden Schulden nicht noch dadurch erleichtert werden soll, daß es sie zum voraus versichern kann.

Wirksam erschwert hat aber das Gesetz dieses Schuldenmachen nicht. Die Bahn wird dem Kapitalisten versprechen — nötigenfalls gegen Sicherheit, z. B. Depotwechsel — die Schuld sicherzustellen, sobald sie entstanden sein werde. Sie wird ihn damit wohl ebenso leicht bewegen können, Gläubiger zu werden, wie mit der Versicherung der zukünftigen Forderung.

Einen das Unternehmen fördernden Zweck:

Zu bestimmen, was unter diesen elastischen Begriff fällt, ist ohne Nutzen und kann daher unterbleiben, um so mehr, als ihm in der Praxis ohnehin keine große Bedeutung zukommt. Was er in concreto umfaßt, bestimmt das pflichtgemäße Ermessen der Verpfändungsbehörde. Es soll hier nur betont werden, daß nicht jedes Anleihen, dessen Mittel in das Bahntransportgewerbe gesteckt werden, dem Unternehmen förderlich ist. Wenn es mit ihnen beispielsweise entbehrliche Bauten und Anschaffungen an Betriebsmaterial vornehmen will, wendet sich die Verpfändungsbehörde an das Eidgenössische Amt für Verkehr mit der Anfrage, ob die vorgesehenen Anschaffungen für das Unternehmen finanziell tragbar sind. Je nach dem erhaltenen Bescheid wird die Bewilligung zur Bestellung des Pfandrechtes abgelehnt oder nicht.

Der Gesetzgeber des BEG hat die Schwierigkeit, die der Begriff „ein das Unternehmen fördernder Zweck" in der Praxis bietet, vorausgesehen und daher in den Gesetzesberatungen den Antrag, die Verpfändung von seinem Vorliegen abhängig zu machen, abgelehnt [1]).

Der ältern schweizerischen Praxis wird hier nicht ganz zu Unrecht allzu große Weitherzigkeit vorgeworfen [2]).

---

[1]) Eger 266.
[2]) Pfenninger 118.

Mit Recht prüft die heutige Praxis weder, wie aufgenommene Mittel verwendet wurden, noch den Rechtsgrund bestehender Schulden, sondern bewilligt das Pfandrecht in dieser Richtung schlechthin. Dagegen wird für alle künftigen Schulden der Nachweis eines gesetzmäßigen Zweckes verlangt.

bb) *Die Umschreibung des Pfandobjektes.*

Der Gesuchsteller umschreibt das Pfandobjekt genügend, wenn er verlangt, daß eine bestimmte Strecke, die mit Anfangs- und Endpunkt zu bezeichnen ist, gemäß (Art. 9) VZEG verpfändet werden solle.

Wie verhält es sich, wenn im Verpfändungsgesuch überdies einzelne Sachen besonders aufgeführt sind? Entweder ist das Gesuch nicht oder dann unverändert zu veröffentlichen. In diesem Falle stellt die Verpfändungsbehörde fest, daß die besonders erwähnte Sache Bestandteil des Pfandobjektes sei. Ist sie zu diesem Entscheid, ganz allgemein zu solchen Einzelentscheidungen und Untersuchungen verpflichtet? Sicher nicht, wenn zweifellos kein Interesse an der sofortigen Feststellung besteht. Man denke, daß es einem Gesuchsteller einfallen würde, alles, was nach seiner Ansicht Bestandteil des Pfandobjektes ist, einzeln aufzuführen.

Und wenn ein Interesse nachgewiesen wird? Z. B. die Muottas-Muraigl-Bahn ihr Hotel auf dem Kulm speziell aufführt (unten 66) mit der Begründung, es sei Betriebsgrundstück, weil es die Antriebsstation der Bahn enthalte; es sei der wertvollste Bestandteil des Pfandobjekts, aber als solcher nicht unbedingt erkennbar, beispielsweise für die Kreditgeber. Die Bahn kann zweifellos amtlich feststellen lassen, daß ein derartiges Grundstück Bestandteil der Bahn sei. Wird der Bestandteilscharakter bejaht, bleibt trotzdem fraglich, ob dieser Entscheid veröffentlicht werden soll. Denn eine als pfandzugehörig publizierte Sache ist gegen einen später möglicherweise eintretenden Verlust ihrer Bestandteilseigenschaft nicht mehr gefeit als alle andern Bestandteile. Um das Veröffentlichte mit der materiellen Rechtslage in Einklang zu halten, sollte dann auch veröffentlicht werden, wenn eine als Bestandteil besonders publizierte Sache diese Eigenschaft verloren hat. Eine solche Veröffentlichung ist aber nicht vorgesehen und wird auch nicht praktiziert. Daher scheint es angezeigt, in der Verpfändungspublikation keine Sachen besonders

aufzuführen. Das schließt eine Auskunft an Interessenten darüber, was zum Pfandobjekt gehöre, nicht aus.

cc) Ist die Prüfung wirklich auf den Verpfändungszweck zu beschränken? (Über die Zugehörigkeit zum Pfandobjekt unten 95 ff.)

„In jedem Verfahren, das die Anwendung des objektiven Rechts auf einen tatsächlichen Vorgang zum Ziele hat, sei es in einem Verfahren der Verwaltung oder der Justiz, der freiwilligen oder des streitigen .... Gerichtsbarkeit" [1]), ist vorab zu prüfen, ob die Bedingungen gegeben sind, bei deren Vorliegen der Zweck des Verfahrens, die Entscheidung in der Sache, unzulässig ist [2]). Man nennt diese Bedingungen allgemein Verfahrens-, zutreffender aber *Sachentscheidungsvoraussetzungen*. Ihr Vorhandensein ist von der rechtsanwendenden Behörde regelmäßig von Amtes wegen zu prüfen. Soll die Verpfändungsbehörde eine — vernünftig gar nicht zu begründende — Ausnahme machen? Kaum! Wichtig ist:

Die Behörde (oben 24) muß zuständig sein. Sachlich kann von ihr nur die Bestellung eines Eisenbahnpfandrechtes verlangt werden.

Gesuchsteller kann nur ein Eisenbahnunternehmen sein [3]). Es muß partei- und prozeßfähig sein [4]). Es ist das, wenn es gemäß materiellem Recht rechts- und handlungsfähig ist. Juristische Personen handeln durch ihre Organe. Wo Vertreter handeln, ist ihre Vertretungsbefugnis zu prüfen. Zu untersuchen ist auch, ob die handelnde Person diejenige ist, für die sie sich ausgibt.

Das Begehren muß formgerecht und eindeutig, zulässig und vollständig formuliert sein (oben 25). Weist es einen Mangel auf, wird der Gesuchsteller zu seiner Behebung aufgefordert. Wird er nicht behoben, wird das Begehren zurückgewiesen. Allfällige Porti und wohl ganz allgemein Barauslagen, die der Behörde durch Behandlung des Gesuches entstanden sind, hat der Gesuchsteller zu ersetzen (Art. 18 Vo). Einer Neueinreichung des Gesuches steht nichts entgegen.

[1]) Rosenberg 259.
[2]) Vgl. z. B. Matti 1058, Leuch, Art. 191 N 1, Stein I 708 f.
[3]) oder ein Schiffsunternehmen. Diese Unternehmen werden aber in der vorliegenden Arbeit grundsätzlich nicht besonders behandelt und erwähnt.
[4]) Die Prozeßführungsbefugnis und die Parteistellung (vgl. Matti 1062 f., Rosenberg 261) spielen hier keine Rolle.

Hat die Behörde auch die Gültigkeit des dem Pfandrecht zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes zu prüfen? Für die Antwort vgl. unten 42 f.

Nicht zu prüfen hat sie die Angemessenheit und Billigkeit des Pfandgeschäftes.

Alle eben erwähnten Punkte hat auch der Grundbuchführer bei einer Anmeldung zu prüfen. Für Einzelheiten kann daher auf die diesbezügliche Literatur verwiesen werden.

b) Der Nachweis der Prüfungstatsachen

Aus der Ordnungsvorschrift des Art. 11 Vo („Die urkundlichen Belege .... sind beim Pfandbuchführer aufzubewahren“[1]) und auch aus der Natur des Verfahrens läßt sich schließen: wie im Grundbuchrecht [2]) fällt als Beweismittel nur die Urkunde in Betracht. Dazu ist auch das Verbal der entscheidenden Behörde zu zählen.

Beschaffung der nötigen Urkunden liegt nicht der Behörde ob. Ihre Prüfung erstreckt sich lediglich auf die beigebrachten Urkunden. Diese müssen die Begründetheit des Gesuches lückenlos nachzuweisen vermögen.

Von den Belegen hebt Art. 11 Vo hervor ein Exemplar der Pfandtitel, die über die Eintragungsentwürfe abgegebenen Erklärungen, die Blätter, in denen Publikationen mit peremptorischen Fristen erscheinen. Daneben wird der Pfandvertrag in zwei Exemplaren verlangt. (Das Original geht nach erteilter Verpfändungsbewilligung mit dem Vermerk, daß das Pfandrecht im Pfandbuch eingetragen sei, an die Bahn zurück; das andere Exemplar kommt zu den Belegen.)

Beizubringen ist ferner ein beglaubigter Auszug aus dem Protokoll der Generalversammlung, welche die Errichtung eines Pfandrechtes beschlossen hat, wenn die Bahnverwaltung das Verpfändungsgesuch stellt, die Verpfändungsbehörde aber aus den beim Eisenbahndepartement liegenden Bahnstatuten ersieht, daß die Verwaltung zur Errichtung eines Pfandrechtes unzuständig ist.

Endlich eine schriftliche Vollmacht, wenn ein gewillkürter Vertreter handelt.

---

[1]) Der Pfandbuchführer ist identisch mit der erstinstanzlichen Verpfändungsbehörde (vgl. unten 139).

[2]) Homberger Art. 965 ZGB N 51—55.

Aus den Belegen muß auch hervorgehen, daß ein Gesuch überhaupt eingereicht wurde. Daher ist es schriftlich oder mündlich zu Protokoll zu stellen.

Noch ein Wort über den Nachweis des Verpfändungszweckes: die Praxis begnügt sich in der Regel damit, daß einer der im Gesetz verlangten Zwecke im Gesuch angegeben ist. Sie verlangt Auskunft nur, wenn eingehendere Zweifel an der Richtigkeit der gemachten Behauptung auftauchen.

3. Das Einspracheverfahren

a) Die Einleitung des Verfahrens

Nach Art. 2 VZEG in Verbindung mit Art. 21 Vo hat die Verpfändungsbehörde das Pfandbestellungsbegehren im Bundesblatt bekanntzumachen und für die Erhebung von Einsprachen eine angemessene Frist anzusetzen. Die Publikation erfolgt regelmäßig zweimal.

Zweckmäßigerweise wird publiziert und das Einspracheverfahren eingeleitet erst, wenn eine vorgängige Prüfung, soweit sie der Verpfändungsbehörde obliegt, ergeben hat, daß das Gesuch begründet ist. Die Praxis publiziert jedoch schon, wenn die Bedingungen, welche die Behörde und das Begehren betreffen, erfüllt sind und die vom Gesuchsteller behauptete Legitimation sehr wahrscheinlich zutreffen wird. Bewilligt dagegen wird erst, wenn der Nachweis überall erbracht ist. Für die Regelung hinsichtlich des Verwendungszweckes vgl. oben 26 ff.

Die angesetzte Frist ist von der Verpfändungsbehörde auch schon verlängert worden [1]).

Maßgebender Gesichtspunkt für ihre Dauer ist, daß sie angemessen sein soll.

Für den Fall, daß die Frist versäumt wird, hat der Bundesrat 1876 die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung bejaht [2]). Gesetzlich vorgesehen ist diese nicht. Sie wird gewährt durch die Verpfändungsbehörde gestützt auf ein begründetes und innert nützlicher Frist einzureichendes Gesuch [3]).

---

[1]) BBl 1887 IV 486, 550.

[2]) BBl 1876 II 525; vgl. auch BGE I 511 ff. (ob die Einsprache fristgerecht ist, entscheidet der Bundesrat; ebenso über Restitutionsbegehren), BGE IV 425 f.

[3]) A. M. Meili 20 f.

b) Die Einsprache

Die Einsprache ist bei der erstinstanzlichen Verpfändungsbehörde einzureichen.

Wer zur Einsprache legitimiert ist, sagt das Gesetz nicht. Daher wohl jeder, der ein rechtliches Interesse hat (Näheres unten 33 ff.).

Aus ihrem Inhalt wird hervorgehen müssen, wer Einsprecher ist und was für ein Einsprachegrund behauptet wird (für die Begründung unten 40, 41). Das Gesetz schweigt zwar auch hier.

Eine bestimmte Form sieht es nicht ausdrücklich vor. Zur Not kann auch hier die Ordnungsvorschrift des Art. 11 Vo gelten (oben 30 f.).

Nach Ansicht des Bundesgerichtes hat die Verpfändungsbehörde u. a. zu prüfen, ob die Einsprache frist- und formgerecht sei, setzt also eine bestimmte Form voraus [1]).

Art. 2 a. E. VZEG: wenn Einsprachen erhoben werden, setzt die Verpfändungsbehörde den Einsprechern eine Frist von dreißig Tagen an, um vor Bundesgericht zu klagen. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist [2]).

Voraussetzung ist, daß die Einsprache von der Verpfändungsbehörde als form- und fristgerecht befunden wurde [3]) und etwas behauptet wird, worüber die Verpfändungsbehörde nicht selbst zu entscheiden hat. Treffen diese Voraussetzungen zu, so hat sie ohne weiteres Frist anzusetzen. Eine längere Frist als dreißig Tage zu gewähren oder eine dreißigtägige Frist zu verlängern, ist gesetzwidrig, aber gültig [4]).

c) Die Klage gemäß Art. 2 VZEG

aa) *Handelt es sich dabei um eine Klage im eigentlichen Sinne,* d. h. um das Gegenstück zum Rechtsmittel?

Die bejahende Antwort ergibt sich aus Art. 50, Ziff. 5 in Verbindung mit Art. 48 OG und wird negativ durch das VDG bestätigt: das Bundesgericht urteilt hier als einzige, d. h. als erste und letzte Instanz; eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nicht vorgesehen. Im Entscheidungsbereich der Verpfändungsbehörde darf das Bundesgericht nicht einläßlich verhandeln und

[1]) BBl 1876 II 525; vergl. auch BGE I 511 ff (ob die Einsprache fristgerecht ist, entscheidet der Bundesrat), BGE IV 425 f.
[2]) BGE 6, 390 ff.
[3]) BGE 4, 412 ff.
[4]) BGE 6, 390 ff.

entscheiden. Es hat sich in diesem Sinne bereits ausgesprochen hinsichtlich der Formalien der Einsprache (oben 32).

bb) *Klagegrund und Sachlegitimation.*

Wo die Verpfändungsbehörde zuständig ist, hat das Bundesgericht nicht zu entscheiden. Das gilt vor allem für die Frage nach dem Gegenstande des Pfandes (unten 95 ff.). Wird Einsprache erhoben hinsichtlich eines Gegenstandes, über den einen Entscheid zu fällen die Verpfändungsbehörde zuständig ist, hat sie ihn zu treffen, falls noch nicht entschieden sein sollte; sie hat m. a. W. nicht Frist zur Klage anzusetzen.

Das Gesetz setzt keine bestimmten Einsprachegründe fest. Folgt daraus, daß mit der Klage jedes Interesse geltend gemacht werden kann? Jedenfalls muß ein solches vorliegen, sonst weist das Bundesgericht die Klage (als unzulässig) zurück. *Wer hat ein Rechtsschutzinteresse?* Auf alle Fälle ist Einsprache und Klage gemäß Art. 2 nur möglich, wo ein Bewilligungsverfahren gemäß Art. 1 ff. läuft, und kann es sich nur um privatrechtliche Einsprachegründe handeln [1]).

Es lassen sich zwei Gruppen bilden: die Parteien des Pfandgeschäftes und Dritte.

1. *Dritte.* Kein Interesse hat, wer ein auf dem ZGB beruhendes dingliches Recht an einer Sache besitzt, die vom Eisenbahnpfandrecht ergriffen wird. Denn das VZEG tastet diese Rechte nicht an [2]).

Denkbar ist, daß ein alter Eisenbahnpfandgläubiger durch die Bewilligung des nachgesuchten Eisenbahnpfandrechtes in seinem Recht eine Beeinträchtigung erleiden würde. Eine solche ist aber nicht möglich, weil es im Wesen des dinglichen Rechts liegt, „daß der" aus ihm „Berechtigte allein über die Aufhebung seines Rechts verfügen und daß ohne seine Zustimmung das Recht nicht aufgehoben werden kann" [3]). Zum Pfandrecht gehören auch sein Rang und die aus ihm fließenden Befugnisse. Wird also die Errichtung eines Pfandrechtes vereinbart, das den Vor- oder Nebengang eines bestehenden Pfandrechtes zu Unrecht vergrößert oder nicht in dem Maße verkleinert, als dieses beanspruchen kann, und wird es dann abmachungsgemäß bestellt, so wird das bestehende dadurch nicht berührt (unten 106 ff.).

[1]) So BGE 12, 390 ff.
[2]) BGE 4, 653.
[3]) Burckhardt, Einführung 89.

Als Einsprecher werden regelmäßig angeführt Gläubiger gemäß Art. 7 aVZEG/VZEG. Bevor die Begründetheit dieser Behauptung untersucht wird, soll einmal ihre Rechtsstellung beleuchtet werden. Zu diesem Zweck ist auszugehen davon, daß vor dem Inkrafttreten des aVZEG (1874) und seiner Anwendbarerklärung auf Schiffsunternehmen mit Bundeskonzession (1916)[1]) als Ersatz dafür, daß das Bahnbetriebsvermögen in den meisten Kantonen [2]) und „das Schiffsbetriebsvermögen" überhaupt nicht ökonomisch verpfändbar war, die Unternehmen den Kreditgebern etwa versprachen, keine gleich- oder besserberechtigten Titel herauszugeben. Das Gesetz nennt sie Prioritäten [3]).

Solche Abreden hatten wie das (Sicherungs-)Pfandrecht den Zweck, die Befriedigung der Gläubiger in der Zwangsvollstrekkung möglichst zu sichern. Der Gesetzgeber des aVZEG hatte sich zu entscheiden, ob er derartige Abreden in künftigen Konkursen berücksichtigen, ob er die mit ihnen verbundenen Forderungen privilegieren wolle, trotzdem sie sich in ihrem Rechtsgrunde nicht von den gewöhnlichen Kurrentforderungen unterscheiden. Bejahte er diese Frage, so mußte er sich schlüssig werden, ob er nur Forderungen, denen die erwähnte Abrede bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes beigefügt wurde, privilegieren solle oder auch Forderungen mit Abrede, die nach diesem Zeitpunkte getroffen würde. Welche Lösung traf der Gesetzgeber? Er privilegierte jedenfalls die zuerst genannte Kategorie von Forderungen mit der vierten, d. h. der den Pfandgläubigern unmittelbar vorangehenden Klasse [4]). Für Eisenbahnpfandgläubiger ist eine Konkursforderung 4. Klasse in der Wirkung dasselbe wie ein vorangehendes Pfandrecht: sie wird vorab befriedigt und zwar aus dem Erlöse des *Gesamtvermögens*. (Dieses wird sich allerdings nur unwesentlich von dem den Pfandgläubigern [in der 5. Klasse] allein haftenden Erlös aus dem Betriebsvermögen [unten 103 f.] unterscheiden.)

---

[1]) BRB vom 11. 4. 1916 (AS 32, 150 f.) erklärt mit sofortiger Wirkung das aVZEG anwendbar auf Schiffsunternehmen mit Bundeskonzession.

[2]) Für den Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des aVZEG vgl. insbesondere Meili 6 f.

[3]) Vgl. Art. 22 Vo.

[4]) Vgl. Art. 38, Ziff. 5 aVZEG und Art. 40, Ziff. 5 VZEG: beide verweisen auf die Art. 7 und 8 aVZEG/VZEG. Von Art. 7 sagt das Bundesgericht (BGE IV, 412 ff.; vgl. unten 38 f.), daß er sich speziell auf das Vorrecht nicht pfandgesicherter Titel beziehe.

Vom Augenblick an, wo die Möglichkeit, ein Eisenbahnpfandrecht zu bestellen, bestand und so den Kurrentforderungen, die es verdienen, Befriedigung vor den andern Kurrentforderungen verschafft werden konnte, war objektiv kein Bedürfnis mehr vorhanden, den Parteien die Privilegierung von Kurrentforderungen weiterhin zu gestatten, um so weniger, als das Nebeneinander von Prioritäten und Pfandrechten die Rechtslage kompliziert.

Ferner spricht gegen die Neubegründung von Prioritäten, daß das Konkursprivileg 4. Klasse mangels gesetzlicher Einschränkung einem Anleihen zugehalten werden kann ohne Rücksicht auf seinen Verwendungszweck. Und das, trotzdem es in den Wirkungen einem Pfandrechte ersten Ranges gleichkommt und ein solches nicht für beliebige Verwendungszwecke bestellt werden kann (oben 26 ff.). Mit der Begründung einer Priorität könnte diese Vorschrift und jede wesentliche Mitwirkung der Verpfändungsbehörde umgangen werden. Endlich: Art. 327 SchKG zeigt, daß nach kantonalem Recht der Schuldner vielfach Kurrentforderungen privilegieren konnte. Das SchKG hat bestehende Abreden dieser Art berücksichtigt, den unter seiner Herrschaft getroffenen aber jede konkursrechtliche Wirkung versagt. Das Konkursvorrecht wurde in allen Fällen an bestimmt geartete Rechtsgründe der Forderung geknüpft, und zwar zwingend: man kann allerdings auf seine Geltendmachung, „auf die Inanspruchnahme einer gesetzlichen Gunst“ [1]) verzichten, aber begründen oder abändern kann man es nicht mehr [2]).

Steht das VZEG aber auf diesem Boden?

Für die Neubegründung von Prioritäten spricht zunächst, daß der privilegierende Artikel (Art. 40, Ziff. 5) nicht in den Schlußbestimmungen steht. Er verweist auf Art. 7 [3]) und 8. Es fragt sich, was unter einem „frühern Anleihen“ zu verstehen ist: ein im Zeitpunkt des Pfandbegehrens oder des Inkrafttretens des Gesetzes bestehendes Anleihen? Art. 22 aVo, eine Übergangsbestimmung, spricht wie Art. 7 aVZEG/VZEG von den frühern

[1]) Jäger, KO II 170.

[2]) Jäger, KO II 170 f.; Art. 219, Abs. 4 SchKG und dazu Jaeger N 9, Blumenstein 682.

[3]) *Art. 7:* Hat die Unternehmung bei einem früheren Anleihen die Zusicherung erteilt, daß sie keine gleichen oder besser berechtigten Titel ausgeben wolle, so wird das Pfandrecht für das neue Anleihen unter der Bedingung erteilt, daß den Titelinhabern eines früheren Anleihens die zugesicherten Rechte gewahrt bleiben, soweit dieselben nicht darauf Verzicht leisten.

Anleihen zugesicherten Rechten und daneben von „bestehenden Verpfändungen" und neuen Pfandrechten. Unter diesen können zweifellos nur die gemäß aVZEG errichteten, unter jenen nur die gemäß dem bisherigen kantonalen Recht errichteten Pfandrechte gemeint sein und unter frühern Anleihen die vor dem Inkrafttreten des aVZEG begründeten.

aVZEG und aVo samt Art. 22 wurden im Jahre 1916 durch den oben 34N1 erwähnten BRB auch auf Schiffsunternehmungen anwendbar erklärt. Art. 22 aVo forderte die Bahn- und Schiffsunternehmen auf, bisherige Pfandrechte und Prioritäten dem Eisenbahndepartement anzumelden zwecks Eintragung ins Pfandbuch. Als das VZEG in Kraft trat, hatte die erwähnte Bestimmung ihren Zweck erreicht: die vor dem Inkrafttreten des aVZEG (1874) und seiner Anwendbarkeit auf Schiffsunternehmen mit Bundeskonzession (1916) errichteten Pfandrechte und Prioritäten waren im Pfandbuch aufgenommen (oder konnten es doch sein). Daher war eine analoge Vorschrift im VZEG überflüssig und fehlt hier auch in der Tat.

Es scheint also zum mindesten, daß die hier vertretene Auffassung, wonach neue Prioritäten unter der Herrschaft des aVZEG/VZEG nicht mehr begründet werden können, keinem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht und daß sie daher sehr wohl als gesetzmäßig angesehen werden kann.

Wenn Art. 22 aVo die Unternehmen verpflichtete, (bereits bestehende Pfandrechte und) Prioritäten zum Eintrag ins Pfandbuch anzumelden, so bezweckte er damit zweifellos vor allem den Schutz späterer Pfandgläubiger. Diese sollen sich an Hand des Pfandbuches vergewissern können, ob Prioritäten, d. h. praktisch vorangehende Pfandrechte, vorhanden seien. Davon ist auszugehen zur Beantwortung der Frage nach der Wirkung ihres Eintrages ins Pfandbuch:

Vom Eintrage kann nicht die konkursrechtliche Wirksamkeit der Prioritätsabrede überhaupt abhängig sein. Wenn in einem Konkurs keine Eisenbahnpfandgläubiger vorhanden sind, wird der Schutzzweck des Eintrages nicht aktuell, und es wäre unbillig, bei fehlendem Eintrag die Prioritäten in der Klasse der Kurrentgläubiger zu befriedigen und diesen so ohne ihr Zutun einen Vorteil zu verschaffen, auf den sie nie Anspruch hatten. Auf der andern Seite soll ein Pfandgläubiger sich nicht auf den fehlenden Eintrag berufen und die Prioritätsgläubiger um ihr

Vorrecht bringen können, wenn ihm nachgewiesen werden kann, daß er sonstwie von seiner Existenz Kenntnis hatte oder haben konnte, daß er also bösgläubig sei in bezug auf den Bestand des Privilegs. Damit kommt man zum Schluß, daß vernünftigerweise nichteingetragene Prioritäten gutgläubigen Pfandgläubigern gegenüber konkursrechtlich unwirksam sind.

Die seinerzeit unterlassene Anmeldung könnte wohl auch heute noch nachgeholt werden, wäre aber nur bösgläubigen und künftigen Pfandgläubigern gegenüber wirksam. Es besteht nämlich keine Vorschrift, die diese Anmeldung befristen würde und nicht (fristgerecht) angemeldete Rechte untergehen ließe. Die Regelung entspräche demnach der von Art. 44, Abs. 1 Scht-ZGB für das Grundbuchrecht vorgesehenen.

Nach Art. 22 aVo hätte der Pfandbuchführer vor der Eintragung der angemeldeten Prioritäten den Interessenten Frist zu setzen zu Einsprachen gegen den Eintragungsentwurf; Stillschweigen wird als Anerkennung ausgelegt. Der Eintrag stellt demnach den Inhalt der Prioritäten maßgeblich fest, aber auch hier wohl nur gegenüber gutgläubigen Pfandgläubigern und zwar derart, daß sie sich die Prioritäten nicht in einem größern Umfange vorgehen lassen müssen als dem im Pfandbuch angegebenen.

Nach Art. 7 aVZEG/VZEG ist das nachgesuchte Pfandrecht nur unter Vorbehalt bestehender Prioritäten zu bewilligen. Da die Bewilligung mit dem Verpfändungsbegehren übereinstimmen muß (oben 19 f.), sind die Prioritäten richtigerweise bereits in diesem vorzubehalten. Sind Prioritäten eingetragen und beharrt der Gesuchsteller auf der Publikation des vorbehaltlos gestellten Begehrens, so ist es zu publizieren. Die Prioritätsgläubiger können dann mittelst Einsprache den Bestand der Priorität gerichtlich feststellen lassen. In gleicher Weise können sie ihre Rechte wahren, wenn ihr Vorrecht nicht eingetragen ist und daher ein vorbehaltloses Begehren veröffentlicht wird. Mit andern Worten: wenn Prioritätsgläubiger klagen, kann in der Tat ein Rechtsschutzinteresse vorhanden sein.

Seit dem Inkrafttreten des aVZEG sind insgesamt acht Einsprachen zur Beurteilung ans Bundesgericht gelangt. Geschützt wurden drei Begehren. Sie sind tatbeständlich verwandt. Daher seien sie hier kurz dargestellt, trotzdem nur eine Einsprache von Prioritätsgläubigern im Sinne von Art. 7 eingereicht wurde.

Fall 1 [1]: Die Nordostbahn (NOB) und die Sulgen-Goßau-Bahn (SGB) schulden sich aus Vertrag Leistungen, die nach Ablauf von 10 Jahren fällig werden und Zug um Zug zu erfüllen sind. Für ihre Schuld gewährt die SGB die Priorität vor allen andern Verpflichtungen und räumt der NOB das Recht ein, zur Sicherung dieses Prioritätsrechtes die Verpfändung ihres Netzes im ersten Range zu verlangen.

Die SGB will ihr Netz in der Folge für eine andere Schuld verpfänden. Die NOB erhebt Einsprache und verlangt, daß das ihr versprochene Pfandrecht schon jetzt bestellt werde, eventuell sei festzustellen, daß sie später nur gegen vorstandsfreie Verpfändung im 1. Rang zu leisten verpflichtet sei.

Das erste Begehren wird abgewiesen, weil die Leistungen noch nicht fällig und Zug um Zug zu erfüllen seien. Das zweite Begehren wird zugesprochen.

Dieser Entscheid ist, soweit er zuspricht, heute kaum mehr haltbar: ein Pfandrecht kann gültig errichtet werden, auch wenn dadurch ein bestehendes Pfandversprechen verletzt wird [2]. Wie sich diese Verletzung auf die gegenseitigen vertraglichen Leistungspflichten auswirke, ist keine Frage aus dem Bereich des VZEG. Gestützt auf VZEG ist das Bundesgericht daher nicht zuständig, sie zu entscheiden (auch oben 23).

Fall 2 [3]: Die NOB hatte in den Jahren 1859—1876 Obligationen emittiert, in denen sie versprach, keine besserberechtigten auszugeben. Daraufhin suchte sie nach um die Bewilligung eines Pfandrechtes u. a. zugunsten der erwähnten Obligationen sowie zugunsten eines erst noch zu emittierenden Anleihens und zwar sollte von diesen beiden Anleihen ein Teil der Titel im ersten, der andere Teil im zweiten Rang versichert werden. Die Obligationäre erheben Einsprache und klagen auf Nichtbewilligung des Pfandrechtes, eventuell auf Versicherung aller ihrer Titel im ersten Rang. Das Bundesgericht spricht das Eventualbegehren zu und führt dazu u. a. aus:

Gemäß Art. 4 aVZEG kann auch für eine künftige Schuld ein Pfandrecht bestellt werden und zwar selbst dann, wenn sie in einem Inhaberpapier verbrieft ist; seine Entstehung hängt dann von der Entstehung der Pfandforderung ab.

---

[1]) BGE II 268 ff.
[2]) Vgl. Homberger N 19 zu Art. 965 ZGB.
[3]) BGE IV 412 ff.

Art. 7 regelt speziell das Vorrecht nicht pfandberechtigter Titel. Gestützt auf ihn können aber die Kläger nicht die Bestellung eines Pfandrechtes verhindern, sondern nur verlangen, daß alle ihre Titel im ersten Rang versichert werden, sofern sie nicht auf ihr Vorrecht verzichtet haben.

Ferner sagt das Bundesgericht von ihnen, daß sie „sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als speziell auch nach den Vorschriften des zürcherischen Privatrechts" Rechtsgeschäfte des Schuldners erfolgreich anfechten können nur, „wenn dieselben in Voraussicht des Konkurses und in der unredlichen Absicht, die Gläubiger zu schädigen, vorgenommen worden sind"; eine solche Absicht sei nun offenbar bei der Beklagten nicht vorhanden gewesen.

Dieser Entscheid ist mir nicht verständlich. Das Bundesgericht behandelt die Kläger wie Kurrentgläubiger; wie Gläubiger also, die durch die Errichtung von Eisenbahnpfandrechten für den Konkursfall geschädigt werden, trotzdem es sich nach den eigenen Ausführungen um Prioritätsgläubiger gemäß Art. 7 handelt, um Gläubiger also, die gemäß Art. 38, Ziff. 5 aVZEG mit ihrer Forderung und drei Jahreszinsen in der den Pfandgläubigern vorausgehenden Klasse einzustellen sind, denen daher Eisenbahnpfandrechte nicht schaden können.

Fall 3: [1]) Die beklagte Schiffsunternehmung emittierte 1894 u. a. mit Hilfe der klagenden Bank eine Anzahl Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber, worin sie sich als Schuldnerin für Fr. 1000. — erklärte nach Maßgabe des auch mit der Klägerin abgeschlossenen Emissionsvertrages. In diesem versprach sie u. a., ohne Einwilligung der Klägerin keine weitern Schulden einzugehen. Ohne die Klägerin zu begrüßen, ging sie aber solche ein und zwar u. a. auch ein Anleihen. Die davon unterrichtete Klägerin erhob keinen Einspruch.

Für das eben erwähnte Anleihen sucht die Beklagte laut Publikation im Bundesblatt vom 22. 11. 1916 um die Bewilligung eines Schiffspfandrechtes nach. Die Klägerin erhebt Einsprache und klagt, es sei ihre Einsprache zu schützen und das Eidgenössische Eisenbahndepartement anzuweisen, dem Pfandrecht den Eintrag ins Pfandbuch zu verweigern.

Das Bundesgericht spricht die Begehren zu mit im wesentlichen folgender Begründung:

[1]) BGE 43 II 341 ff.

Die Klägerin ist in der Tat zur Sache legitimiert, obschon sie keine Obligationen besitzt. Denn der Emissionsvertrag ist ein solcher zugunsten Dritter, nämlich der künftigen Titelinhaber. Nach Art. 128 aOR (und Art. 112 OR) kann der Promissar vom Promittenten verlangen (im vorliegenden Falle also die Klägerin von der Beklagten), daß er wie versprochen an den Dritten (hier die Titelinhaber) leiste.

Weiter: die erwähnte Klausel verbietet vernünftigerweise nicht, überhaupt neue Schulden einzugehen, sondern nur, neue Anleihen aufzunehmen; es soll jede Operation unterlassen werden, welche geeignet wäre, zur Verminderung der Sicherheit beizutragen, die das Vermögen der Beklagten dem Gläubiger bietet. Die Klausel verbietet demnach auch die Bestellung von Pfandrechten. (Sie beschränkt die natürliche Freiheit der Beklagten nicht derart, daß ihre Nichtigkeit anzunehmen wäre.) Diese Auslegung ergibt sich aus der Überlegung, daß vor 1916 (oben 36) und nach dem Inkrafttreten des SchKG (Konkursprivilegien konkursrechtlich wirksam zu vereinbaren, wird unmöglich) diese Klausel der einzig gangbare Weg einer Realisierung war. Ein Interesse, die Beklagte an der Aufnahme der für den Betrieb nötigen Mittel zu hindern, hat die Klägerin nicht. Wenn sie daher bei solchen Gelegenheiten nicht auf Einhaltung des Emissionsvertrages pochte, kann ihr dies Verhalten nicht als Verzicht auf die diesbezüglichen Rechte ausgelegt werden.

Betreffend das zweite Begehren wird u. a. ausgeführt, daß ein Eintrag ins Pfandbuch, der nicht auf einer Bewilligung der Verpfändungsbehörde fuße, nichtig sei. Im Hinblick auf den Ausgang des vorliegenden Prozesses könne diese die Bewilligung nicht erteilen.

Mit Recht hat das Bundesgericht zur Auslegung der erwähnten Klausel auf ihren Zweck abgestellt. Dadurch war es gezwungen, recht erheblich von ihrem Wortlaute abzuweichen. Noch weitherziger und m. E. nicht unrichtig wäre gewesen, wenn es die mit Klausel versehenen Titel als Prioritäten hingestellt und daher für das neue Anleihen die Bewilligung eines Pfandrechtes gestattet hätte. Diese Auslegung hätte die Interessen der Beklagten gewahrt, ohne die Rechte der Klägerin zu beeinträchtigen.

Können Kurrentgläubiger mit Erfolg Einsprache erheben? Regelmäßig wird die Frage verneint außer für den Fall, daß ein

Pfandrecht bestellt wird „in der Voraussicht des Konkurses und in der unredlichen Absicht, die Gläubiger zu schädigen" (oben 39). Ist dieser Entscheid heute noch haltbar? Das ist zweifellos nur der Fall, wenn ihn geltendes (positives) Recht stützt. Nicht Grundlage bilden kann die seit dem zitierten Urteile geschaffene Anfechtungsklage des SchKG. Abgesehen von der Frage ihrer Anwendbarkeit im VZEG überhaupt, ist zu sagen, daß sie auf dieses gar nicht abgestimmt ist und sich überdies nicht gegen die zivilrechtliche Gültigkeit der anfechtbaren Handlungen richtet; denn es wird mit ihr nur ein auf Gesetz beruhender obligationenrechtlicher Anspruch auf Rückleistung des anfechtbar Erworbenen zur Befriedigung des Gläubigers geltend gemacht [1]). Es kann mit ihr daher eine Pfandbestellung nicht verhindert werden.

Ein Pfandrecht errichten und sich dazu verpflichten, ist rechtlich erlaubt. Hingegen wäre gemäß Art. 20 OR nichtig ein Pfandvertrag, der einzig und allein abgeschlossen würde, um die Kurrentgläubiger zu schädigen bzw. einige von ihnen auf Kosten anderer zu begünstigen, sofern diese Absicht der begünstigten Gegenpartei bekannt war oder sein konnte, d. h. sofern sie in dieser Hinsicht bösgläubig war; denn die Schädigungsabsicht ist sicher ein unsittliches Motiv [2]). Ist der Pfandvertrag nichtig, so ist das dingliche Rechtsgeschäft wegen seiner Kausalität (oben 20 f.) unwirksam. Und die Bewilligung der Verpfändungsbehörde allein bringt das Pfandrecht nicht zur Entstehung (oben 19). Die Unwirksamkeit muß im Einspracheverfahren geltend gemacht werden können.

Als Antwort auf die eingangs gestellte Frage scheint sich für Dritte zu ergeben, daß sie geschützt werden, wenn sie geltend machen und nachweisen, daß durch die Errichtung des nachgesuchten Pfandrechtes ein ihnen gegen den beklagten Gesuchsteller zustehendes persönliches Recht verletzt würde. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, daß das alte st. gallische Zivilrecht bei Grundverschreibungen eine ganz ähnliche Einrichtung hatte: die Fertigung durfte erst stattfinden nach Ablauf einer 14tägigen Frist, während der Einsprachen erhoben werden konnten seitens *Dritter*, die sich durch die Verpfändung gefährdet glaubten [3]). Gleich zu verstehen ist

[1]) Jaeger zu Art. 285 ff., SchKG 356 ff., 403 ff., Jäger, Ko I 478 ff.; wohl auch Blumenstein 868.
[2]) Oser N 47 zu Art. 20 OR.
[3]) Huber, SPR III 18.

wohl auch Art. 9 des alten st. gallischen Gesetzes vom 27. 11. 1863 über die Verpfändung von Eisenbahnen [1]).

2. *Können die Parteien Mängel ihres Pfandgeschäftes mit Klage gemäß Art. 2 geltend machen?*

Zeigen sich Mängel bei der Pfandforderung, beim Pfandvertrag oder beim Pfandbestellungsbegehren, so hat insbesondere die Bahn ein Interesse, daß über sie vor der Bewilligung des Pfandrechts und seinem Eintrag ins Pfandbuch entschieden wird. Können die Parteien die erwähnten Mängel vermittelst Einsprache und Klage gemäß Art. 2 mit Erfolg geltend machen? Die Praxis verneint diese Frage mit Recht. Allerdings beschränkt das Gesetz weder die Gründe noch die Legitimation der Einsprache. Das in Art. 2 vorgesehene Verfahren ist seiner Ausgestaltung nach (Publikation) aber nicht für die Parteien bestimmt. Zu beachten ist ferner, daß die erwähnten Mängel den Bestand des Pfandrechtes berühren (oben 7 ff., 17 ff.), über diesen aber nicht nur in der Zeit, wo das Verfahren gemäß Art. 2 läuft, gerichtlich entschieden werden kann; man ist hier also auf Art. 2 gar nicht angewiesen.

In diesem Zusammenhang soll nun die oben 30 gestellte Frage beantwortet werden: hat die Verpfändungsbehörde die Gültigkeit der dem Pfandrecht zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte zu prüfen?

Nach Art. 13 Vo. soll der Pfandbuchführer das Pfandbuch derart führen, daß es mit den dem Departement und ihm offiziell zur Kenntnis gelangten Tatsachen übereinstimmt. Er ist zugleich auch erstinstanzliche Verpfändungsbehörde (oben 24). Kommt ihm während seiner Funktion als Verpfändungsbehörde zur Kenntnis, daß die Bewilligung das Pfandrecht wegen eines offensichtlichen Nichtigkeitsgrundes nicht zur Entstehung bringen wird, muß er, um einen materiell unrichtigen Pfandbucheintrag zu vermeiden, die Bewilligung des Pfandrechts ablehnen. Am einfachsten geschieht dies vor dem Einspracheverfahren und zwar dadurch, daß das Verpfändungsbegehren nicht publiziert wird, bis daß allenfalls die Gültigkeit des Pfandgeschäftes gerichtlich festgestellt ist. Mit Recht dagegen beachtet er nicht Mängel, die vor Gericht nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Ein-

[1]) Vgl. seinen Text bei Meili 11.

rede hin berücksichtigt werden [1]). Die Prüfungspflicht der Verpfändungsbehörde stimmt somit auch hier weitgehend mit der des Grundbuchführers überein.

Läuft während des Bewilligungsverfahrens ein Prozeß über einen der erwähnten Mängel, so hat die Verpfändungsbehörde bis zum Urteil ihren Entscheid auszusetzen.

cc) *Das Rechtsbegehren.*

Was kann der Kläger verlangen? Worauf kann das Urteil gehen? Nicht auf Leistung, sagt das Bundesgericht (BGE I, 54 ff.; BGE IV, 650). Auf ein Begehren, worin Erfüllung eines Vertrages, Wiederherstellung eines früheren Zustandes, eventuell Schadenersatz verlangt wird, tritt es mangels Kompetenz nicht ein.

Es ist anzunehmen, daß der Kläger feststellen lassen kann, daß er durch die Errichtung eines Pfandrechtes in seiner Rechtsstellung zu Unrecht verletzt würde und es daher nicht zu bewilligen sei. Die Schlußfolgerung, das Pfandrecht sei daher nicht zu bewilligen, hat die Verpfändungsbehörde auch zu ziehen, wenn mit dem Urteilsdispositiv lediglich die Rechtsverletzung festgestellt wird. Der erwähnte Schluß ist daher überflüssig.

Wird er von der Verpfändungsbehörde nicht gezogen, indem das Pfandrecht bewilligt wird, so entsteht dieses. Denn das VZEG gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß ein bundesgerichtliches Urteil eine Voraussetzung zur Entstehung des Pfandrechtes sei in gleicher Weise wie die Bewilligung durch die Verpfändungsbehörde.

d) Die Bewilligung

Gemäß Art. 3 soll sie erst erteilt werden, wenn die Einsprachefrist abgelaufen ist, allfällige Einsprachen erledigt (nicht geschützt wurden, ist damit gemeint) und der gesetzmäßige Verwendungszweck sowie — selbstverständlich — die übrigen Voraussetzungen (oben 26 ff.) nachgewiesen sind. Wird das Einspracheverfahren nicht durchgeführt, so wird die Bewilligung nicht nichtig sein, sondern bloß unwirksam für die dadurch in ihren Rechten Verletzten.

Gleich wird es zu halten sein, wenn Publikation und Bewilligung nicht übereinstimmen.

[1]) Homberger N 43 f. zu Art. 965 ZGB.

Mit der Bewilligung entsteht, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, das Pfandrecht, sei es bedingt oder unbedingt (Art. 4).

Da mit ihr private Rechte entstehen oder doch entstehen können und über den Bestand des Pfandrechtes nicht die Verpfändungsbehörde entscheidet, kann die Bewilligung nicht rückgängig gemacht werden.

Die bewilligten Pfandrechte sind in das Pfandbuch einzutragen (Art. 5) nach Maßgabe von Art. 14 Vo (unten 143). Der erfolgte Eintrag wird auf dem Original des Pfandvertrages (oben 30) vermerkt und dieser dem Pfandeigentümer zugestellt.

§ 8

Die Pfandforderung

1. Das Kapital

Mit Recht bewilligt die Praxis Eisenbahnpfandrechte nur für ein bestimmtes Kapital in Landesmünze.

Nach Art. 4 können ganz allgemein versichert werden bestehende Schuldverpflichtungen, also auch in Wertpapieren verbriefte. Bestätigt wird diese Annahme durch Art. 12 VZEG, wo von Pfandobligationen und durch Art. 6, Abs. 3 Vo, wo von Anleihenstiteln die Rede ist. Es wird sich regelmäßig um Inhaberpapiere handeln. Order- und Namenpapiere dürften auch zulässig sein. Jene werden nie, diese nur selten vorkommen.

Bestehend sind auch die bedingten Schuldverpflichtungen.

Ferner sind versicherbar auch erst zu kontrahierende Anleihen. Worum handelt es sich dabei? Nach der herrschenden Auffassung liegt ein Anleihen vor, wenn das Bahnunternehmen eine Mehrzahl gleicher Schuldverschreibungen ausfertigt und zu ihrem Kauf [1]) die Öffentlichkeit eingeladen wird [2]). Emittieren kann es selbst. Regelmäßig aber sind es Banken. Entweder sind sie Verkaufskommissionäre oder Wiederverkäufer der dem Bahnunternehmen abgekauften Papiere oder beides für je eine bestimmte Anzahl Obligationen.

[1]) Es ist strittig, ob die Zeichnung eines aufgelegten Anleihens Kauf oder Darlehen ist. Regelmäßig liegt Kauf vor (Planck II 926) und zwar auch da, wo die Bank nur Vermittlerin ist (Oser N 21 zu Art. 312 OR). Wo ein Bankkonsortium eine Anleihe fest übernimmt und zur Zeichnung auflegt, liegt zweifellos Kauf vor (RGZ 104 [1922] 120). Werden Wertpapiere ausgestellt, liegt Kauf vor (Becker N 6 zu Art. 312 OR). Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, 117: bei sogenannten Emissionen schließt die emittierende Bank mit den Erwerbern Kaufverträge ab. Übernimmt die Bank die Papiere zu einem festen Kurs, so ist auch der Vertrag zwischen Bank und Anleiheschuldner Kaufvertrag.

[2]) Vgl. z. B. Obst, Das Bankgeschäft, Bd. 1 1930, 463; Dubach, Beiträge zum Recht der Anleihensobligationen, Diss. Zürich 1931, 1 ff.; ferner auch RGZ 129 (1930), 323 ff.: der rechtliche Vorgang bei einer öffentlichen Anleihe besteht in der Aufforderung zur Zeichnung, d. h. Offerten zu machen, und der nachherigen Begebung, d. h. der Ausfertigung und Ausgabe der Schuldverschreibungen; der Erwerb der skripturrechtlichen Anleiheteilforderung gegen Zahlung des Ausgabepreises ist Kauf.

Die emittierten Papiere sind ausnahmslos Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Hinsichtlich der Entstehung des Forderungsrechts paßt für das schweizerische Recht die modifizierte Vertragstheorie [1]): Das Forderungsrecht entsteht nicht schon mit der formrichtigen Ausfertigung des Papieres, sondern erst „in Verbindung mit dem Begebungsvertrag oder in Verbindung mit dem guten Glauben eines spätern Erwerbers an eine wirksame Entstehung des Forderungsrechts (auf Grund eines mit dem ersten Nehmer wirksam abgeschlossenen Begebungsvertrages); die Ausstellung schafft die Möglichkeit einer Entstehung des Forderungsrechts entweder durch Vertrag oder durch redlichen Erwerb". In unserm Fall: die Forderung entsteht erst, wenn der über den Titel abgeschlossene Kauf erfüllt, d. h. das Papier zu Eigentum übertragen und der Kaufpreis bezahlt ist. Ob es soweit kommt, ist für das einzelne Papier ungewiß. Das Pfandrecht wird hier also für ungewisse Forderungen bestellt [2]). „Definitiv" (nach der Sprache des Gesetzes: Art. 4), „existent" (nach der Ausdrucksweise des Bundesgerichts[3])) wird das Pfandrecht in diesem Falle mit der Einzahlung, d. h. mit der Zahlung des Kaufpreises.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch bemerkt, daß Art. 29 Vo betreffend die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen vom 20. 2. 1918 diese Verordnung für die Anleihensgläubiger von Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen subsidiär anwendbar erklärt. Seine durch BRB vom 25. 4. 1919 abgeänderte Fassung [4]) wurde inhaltlich unverändert von Art. 1182 OR übernommen. Daß darin der Schlußsatz von Art. 29 cit. Vo weggelassen ist, erklärt sich dadurch, daß ganz allgemein die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Gläubigerversammlung ersetzt wurde durch ihre Genehmigung seitens der Nachlaßbehörde (Art. 1177 OR). Der Abschnitt über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen (Art. 1157—1182 OR) wurde allerdings noch nicht in Kraft gesetzt (Art. 19 Scht-OR).

Die Praxis bewilligt vernünftigerweise auch Pfandrechte für zukünftige Darlehensforderungen: der Kapitalist macht hier die Auszahlung der Valuta von der vorgängigen Bestellung eines

---

[1]) Vgl. über sie und ihre Folgerungen Enneccerus-Lehmann 693 ff.

[2]) Bestätigung in BGE 2, 268 ff.: zukünftiger Gläubiger kann auch der Inhaber eines Titels sein.

[3]) BGE I, 511 ff.

[4]) Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 900.

Pfandrechtes abhängig. Erst mit ihr entsteht eine Forderung, nämlich die auf Rückzahlung. Diese Praxis ist gerechtfertigt, weil das Anleihen — insbesondere früher — regelmäßig als Darlehen angesehen wurde.

2. Haftung für Zinse und Kosten

Das Pfand haftet nach Art. 40, Ziff. 6 VZEG für das Kapital und drei Jahreszinse [1]), sofern solche vereinbart wurden. Unter den drei Jahreszinsen ist zu verstehen der laufende und zwei verfallene.

Auch für die Zinse gilt der Grundsatz der Spezialität. Daher haftet das Pfand nicht, wenn kein Zinsfuß oder, ohne Beschränkung auf ein Maximum, ein variabler Zinsfuß abgemacht wurde [2]).

Ihrer Fassung nach ist die fragliche Bestimmung zwingend, d. h. die Pfandhaftung kann rechtsgeschäftlich nicht erstreckt werden, weder auf weitere Zinse noch auf Verzugszinse und auch nicht auf die Kosten einer Rechtsverfolgung. Der zwingende Charakter ergibt sich aus folgendem Vergleich: Art. 818 ZGB ist im Gegensatz zu Art. 891 ZGB zwingend, weil, anders als beim Faustpfand, beim Grundpfand meist mehrere Pfandgläubiger konkurrieren. Beim Eisenbahnpfandrecht aber liegen die Verhältnisse gleich wie beim Grundpfand.

Alle in Art. 40, Ziff. 1—6 VZEG nicht erwähnten Ansprüche gehören in die Klasse der Kurrentforderungen (Art. 40, Ziff. 7 VZEG).

3. Nachträgliche Änderungen in der Pfandforderung

Nachträglich, d. h. nach der Entstehung des Pfandrechts herbeigeführte Änderungen im Inhalte der Forderung sind zulässig. Sind es Weiterungen, so erstreckt sich das Pfandrecht nicht auf sie, es sei denn, daß die im Range Gleich- oder Nachberechtigten zustimmen [3]). Das gilt uneingeschränkt auch für eine nachträglich vereinbarte Verzinslichkeit der Pfandforderung sowie für jede Erhöhung des Zinsfußes [4]).

---

[1]) In Abänderung von Art. 40 VZEG wurde durch BRB vom 7. 5. 1918 (AS 34, 509) die Pfandhaft auf fünf Jahreszinse ausgedehnt. Dieser Beschluß wurde durch solchen vom 27. 4. 1927 (AS 43, 101) mit Wirkung auf den 1. 1. 1928 außer Kraft gesetzt. Jener Beschluß braucht heute für die Pfandhaft nicht mehr beachtet zu werden, da seit 1. 1. 1931 ausnahmslos wieder Art. 40 VZEG gilt.

[2]) Vgl. Leemann N 70—74 zu Art. 799 ZGB.

[3]) Wolff 486.

[4]) Anders sowohl Art. 818 ZGB wie § 1119 BGB.

4. Die Auswechslung der Pfandforderung

Darüber oben 10 ff.

5. Die Übertragung der Pfandforderungen und Übernahme der Pfandschulden

Übertragen werden die eisenbahnpfandrechtlich gesicherten Forderungen wie andere Pfandforderungen.

Wer kann Schuldner einer Pfandforderung sein?

Die Bestellung eines Eisenbahnpfandrechtes ist zulässig nur für eigene Schulden. Für Anleihen geht das aus Art. 3 VZEG deutlich hervor, wird aber für alle Schulden gelten. Das Pfandrecht am Betriebsvermögen soll dem eigenen Betriebe zugute kommen, wird sich der Gesetzgeber mit Recht gesagt haben [1]). Dagegen steht nichts im Wege und ist gesetzlich zulässig (vgl. Art. 4 a. E. Vo), daß eine Schuld nachträglich von einem Beliebigen übernommen wird. Damit fallen Pfandschuldner und Pfandeigentümer auseinander. Dazu kommt es aber nicht nur durch Schuldübernahme, sondern auch durch Verkauf einer Linie. Mangels Sonderrechtes — Art. 832 ZGB ist nicht anwendbar — gelten die Artikel 175 ff OR.

---

[1]) Dieser Ansicht scheint grundsätzlich auch die Verpfändungsbehörde zu sein: Im Geschäftsbericht pro 1875 (BBl II 524) berichtet der Bundesrat, daß den bernischen Jurabahnen neben der Verpfändung eigener Linien auch eine solche der nicht ihr gehörigen Bahn Pruntrut-Delle bewilligt worden sei, weil deren Abtretung an die Jurabahnen feststehe.

Der Pfandgegenstand

1. Abschnitt:

Seine rechtliche Natur

§ 9

Die bisher vertretenen Ansichten

1. Konkursprivileg

Das Eisenbahnpfandrecht sei kein Pfandrecht, sondern bloß ein Konkursprivileg, meint Roguin in ZbJV 15, 147.

Roguin wurde bereits durch Meili 66 schlüssig widerlegt mit dem Hinweis, daß sich die Annahme eines Konkursprivileges nicht vereinbaren lasse mit den Rechten, die Art. 10 aVZEG (entspricht Art. 11 VZEG) den Gläubigern bereits vor Konkursausbruch einräume. (Die eben gemachten Erörterungen gehören, streng genommen, nicht hierher. Sie erhielten diesen Platz insbesondere der Übersicht zuliebe.)

2. Unternehmenszugehör

Es handle sich beim Gegenstande des Eisenbahnpfandrechtes um Unternehmenszugehör [1]).

Die herrschende Auffassung versteht unter dem Unternehmen einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb [2]); also eine wirtschaftliche Einheit, umfassend das sogenannte Handelsvermögen (Sachen und Rechte) und das Unternehmen im engern Sinne (Ergebnis geistiger Tätigkeit) [3]). Das Eisenbahnunternehmen ist ein Unternehmen in diesem Sinne [4]).

---

[1]) Haab N 2 zu Art. 645 ZGB und in Anlehnung Huber, Die Unternehmenszugehör im Schweiz. Recht, Diss. Basel 1928, 27 ff., sowie Pfenninger 142.

[2]) So die Rechtsprechung des Reichsgerichts, zitiert von Wolff, Die Wandlung der Auffassung vom Begriff des Unternehmens durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Diss. Erlangen 1936; gleich Staub-Koenige, 853 ff.

[3]) Einzelheiten bei Staub-Koenige 853 ff., Haab, Einleitung N 49, Enneccerus-Nipperdey 405, Schapira, Das Unternehmen und seine Kennzeichen, Diss. Zürich 1935, 17 ff. und hier zitiert BGB 22, 820; ferner RGZ 68, 51.

[4]) So auch Huber, a. a. O. 27 ff.

Die in Art. 9 aVZEG/VZEG aufgezählten Sachen gehören zum Unternehmen, sind in diesem Sinne Unternehmenszugehör — wenigstens soweit sie betriebsnotwendig sind.

Die Einsicht, daß sie Teile einer wirtschaftlichen Einheit sind, wirkt abklärend und mag de lege ferenda wichtig sein. Aber für das positive Recht ist nichts gewonnen. Denn ob und gegebenenfalls wie weit das Postulat „Das Unternehmen eine rechtliche Einheit!" [1]) verwirklicht ist, beantwortet einzig das positive Recht. Und dieses soll ja gerade erst erforscht werden.

Da unter Unternehmenszugehör auch das Verhältnis von Sachzugehör möglich ist, werden auch die diesbezüglichen Regeln des ZGB nicht ausgeschlossen. Gleich verhält es sich mit der

3. Sachgesamtheit

Das Eisenbahnpfandobjekt sei eine Sachgesamtheit [2]).

Dieser Begriff ist eine Sammelbezeichnung für diejenige „Mehrheit von Einzelsachen, die zufolge ihrer gemeinsamen wirtschaftlichen Bestimmung für den Verkehr eine Einheit bilden" [3]). Dabei ist das Verhältnis unter ihnen nicht wie beim Zugehörverhältnis so, daß die einen den wirtschaftlichen Zwecken der andern dienen. Eine Handlaterne für die Zugsabfertigung dient nicht einem bestimmten Betriebsgrundstück, sondern diese beiden Sachen sind nötig, um den Bahnbetrieb zu ermöglichen.

Das Eisenbahnpfandobjekt ist eine Sachgesamtheit, vorausgesetzt, daß man eine solche, die aus Unternehmenszugehör besteht, nicht anders taufen wolle, um sie von denjenigen zu unterscheiden, die von einem Unternehmen unabhängig sind oder sein können, wie z. B. eine Bibliothek usw.

Ob ein Wechsel der Bestandteile dem Begriffe der Sachgesamtheit wesentlich sei oder nicht, braucht nicht untersucht zu werden, da ein solcher gesetzlich vorgesehen ist (Art. 11 VZEG, entspricht Art. 10 aVZEG).

---

[1]) So z. B. Oppikofer, Das Unternehmensrecht, 1927, insbesondere 131 ff.; vgl. auch Haab, Einleitung N 49.

[2]) Meili 65, Vollenweider 73.

[3]) Haab, Einleitung N 38; gleich Leemann, Einleitung N 7; Planck I 170 ff.

Ist die Sachgesamtheit als solche Objekt dinglicher Rechte? Nein, antworten einhellig das ZGB [1]) und das BGB [2]) auf diese alte Streitfrage [3]). Und das VZEG?

4. Die Ansicht des Bundesgerichtes

Nach VZEG „werden die im Eigentum der Bahnunternehmung stehenden, dem Bahnbetrieb dienenden Grundstücke und Fahrnis zu einem einheitlichen Vermögenskomplex zusammengefaßt und einer besondern rechtlichen Regelung unterstellt, kraft welcher die Verwertung der einzelnen Bestandteile desselben ausgeschlossen ist". Neben dem vom Bundesrat zu bewilligenden Eisenbahnpfandrecht „am Bahnbetriebsvermögen ist .... hier kein Raum für solche Sonderrechte an seinen Bestandteilen, die wie Pfandrecht und Grundlasten, seien es vertragliche oder gesetzliche, einen Anspruch auf Verwertung nur bestimmter Teile desselben gewähren", sagt das Bundesgericht in BGE 47 III 167. Legt das Bundesgericht dem Pfandobjekt Sachqualität zu? Ist hier die Regelung des schweizerischen Rechts verwandt mit der des preussischen Rechts?

Am 19. August 1895 wurde in Preußen das Gesetz betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben (aBEG) erlassen. Wie das aVZEG wollte es im Interesse des Bahnkredites ein geeignetes Pfandobjekt schaffen. In der Erwägung, daß das Bahnbetriebsvermögen einen höheren Wert darstelle als die Summe seiner Bestandteile, wurde es als grundstückgleiche *rechtliche Einheit*, genannt Bahneinheit, erklärt, über die als solche rechtlich verfügt werden kann. Dem öffentlichen Interesse an der Möglichkeit eines ungestörten Bahnbetriebes wurde auch hier weitgehend Rechnung getragen; einmal schon durch die Zusammensetzung der Bahneinheit: gemäß § 4 umfaßt sie nicht nur Sachen (wie

[1]) Haab, Einleitung N 38, 39; Leemann N 5 zu Art. 641 ZGB; anders Meili in ZbJV 15, 131: das Eisenbahnpfandrecht ergreift die einzelnen Objekte. Diese res singulae treten aber aus ihrer Einzelexistenz nicht hervor, sondern werden vom Gesetze zu einer Einheit emporgehoben.

[2]) Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußen, 1901, 6; Planck I 170.

[3]) Vgl. Eger 8: in den Gesetzesberatungen wurde die für § 1 aBEG vorgeschlagene Fassung „bei Privateisenbahnen .... und den Kleinbahnen .... bildet der Bahnkörper mit den Fahrbetriebsmitteln und allem sonstigen Zubehör eine Sachgesamtheit (Bahneinheit) und als solche einen Gegenstand des unbeweglichen Vermögens" abgelehnt mit der richtigen Begründung, daß alle von der Bahneinheit erfaßten Gegenstände gleichberechtigt seien.

in der Schweiz gemäß Art. 9 aVZEG/VZEG), sondern auch Rechte [1]). Ferner wurde dafür gesorgt, daß die Bahneinheit dem jeweiligen Inhaber der Bahn in einem betriebstauglichen Zustande zur Verfügung stehe und erhalten bleibe, solange die Bahn für den Betrieb, d. h. für den öffentlichen Verkehr [2]) bestimmt ist: solange nämlich zum mindesten besteht auch die Bahneinheit (§ 3). Sie kann alle Betriebsgrundstücke erfassen, ohne Rücksicht auf die Person ihres Eigentümers [2]). Solange die Bahn für den Betrieb bestimmt ist, können dingliche Rechte (das Eigentum eingeschlossen!) an den Betriebsgrundstücken wie den andern Bestandteilen der Bahneinheit durch Dritte nur geltend gemacht werden, wenn die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß dadurch die Betriebsfähigkeit nicht beeinträchtigt werde (§ 6). Die gleiche Voraussetzung gilt auch für eine gesonderte Zwangsverwertung von Bestandteilen der Bahneinheit (§ 47). Auch die Bahn selbst bedarf während der genannten Zeit des erwähnten behördlichen Unschädlichkeitsattestes, um gültig über Betriebsgrundstücke verfügen zu können (§ 5). Die Zwangsverwertung der Bahneinheit ist verschieden, je nachdem die Bahn noch weiterhin betrieben werden soll (§§ 32 ff.) oder nicht (§§ 48 ff.).

5. Generalpfandrecht

Das Eisenbahnpfandrecht sei ein Generalpfandrecht [3]).

Diese Ansicht würde widerlegt durch die Tatsache, daß die schweizerische Bahneinheit Sache wäre. Näheres daher unten 53ff.

6. Die Ansicht Pfenningers

Nach Pfenninger 143 handelt es sich um „ein Grundpfandrecht am Bahnkörper, wobei die übrigen, in Art. 9 VZEG genannten Gegenstände wie Sachzugehör von der Pfandhaft umschlossen werden", der Rechtsnatur nach also ein Grundpfandrecht im

[1]) Eger 11 ff. Zu den für das Bahnunternehmen dauernd eingeräumten Rechten an Grundstücken zählt Eger 53 auch das Recht auf Benutzung der öffentlichen Straßen zum Bau und Betrieb von Bahnen.

[2]) Wie das aVZEG/VZEG, findet auch das aBEG gemäß seinem § 1 nur Anwendung auf die dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnen; im Gegensatz zum aVZEG/VZEG aber nur auf Privatbahnen, d. h. auf die unter das pEG sowie auf die unter das Kleinbahngesetz von 1892 fallenden Bahnen. Beide Arten sind konzessions- und betriebspflichtig (vgl. Eger 8 ff.).

[3]) Der Bundesrat in BBl 1875 II 473, 481; 1876 II 524; 1877 II 182; StenBull NR 1916, 250, 267; die Justizabteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements in Verw. Entsch. 1932, 216; ferner das Bundesgericht in BGE 4, 427, 649, 653 f; BGE 47 III 163 ff., 51 III 212 ff; Fleiner, BSTR 483.

Sinne des ZGB; denn wie dort „genügt zur Verpfändung die Bezeichnung der Hauptsache [1]), während die Zugehörstücke ohne weiteres von der Pfandhaft erfaßt werden; und ebenso beschränkt sich das Pfandrecht auf den Bestand dieser Gegenstände zur Zeit der Realisation".

Der Nachweis der Sachqualität für die schweizerische Bahneinheit würde auch diese Lösung ausschließen. Näheres daher ebenfalls unten, insbesondere 56 f., 58 f.

§ 10

Die Bahneinheit als Sache

1. Die Bahneinheit ist Sache

Bilden die in Art. 9 aVZEG/VZEG erwähnten Sachen in ihrer Zusammenfassung als Netz oder Linie eine rechtliche Einheit, wie das vom Bundesgericht wohl behauptet wird? Bildet die Bahneinheit auch nach schweizerischem Recht eine rechtliche Einheit? Rechtliche Einheit, bezogen auf ein Objekt dinglicher Rechte, ist gleichbedeutend wie Sache.

Zur Beantwortung der gestellten Frage scheint es nützlich, zunächst kurz auf das Wesen der Sache einzutreten. Man kann dabei unterscheiden die Fragen:

a) Was gehört zur Sache und

b) Was bewirkt die Zugehörigkeit zur Sache.

Zu a): Allgemein gilt, daß das positive Recht die Merkmale bestimmt, die einen Gegenstand zum Sachbestandteil machen, daß das positive Recht also den Umfang der Sache festlegt, bestimmt, was Sache ist [2]). Nach ZGB und BGB z. B. ist Sache grundsätzlich nur ein körperlicher Gegenstand [3]). Um die Grenze ihrer Sache festzulegen, wenden sie demnach grundsätzlich das Merkmal der Kohärenz an.

Die preußische Bahneinheit ist unbestrittenermaßen Rechtsobjekt, Sache, und nicht nur ein Sammelname für eine Mehrzahl

[1]) Das ist nach Pfenninger 143 der Bahnkörper.
[2]) Haab, Einleitung N 6, 19, 21, 26; Enneccerus-Nipperdey 356.
[3]) Haab, Einleitung N 19, Leemann N 5 ff. zu Art. 641 ZGB; für das BGB Planck I 170, Enneccerus-Nipperdey 356 ff.

bestimmter Sachen [1]). § 1 aBEG bestimmt den Umfang der Bahneinheit nicht mit der Kohärenz, sondern mit der Widmung eines Gegenstandes für das Bahnunternehmen (§ 2). Als gewidmet gelten gemäß § 4, Abs. 2 beispielsweise alle Grundstücke, die dem Bahnbetrieb tatsächlich dienen und mit dem Bahnkörper zusammenhangen oder als Betriebsgrundstücke (sonstwie) äußerlich erkennbar sind; ferner alle im Bahngrundbuch verzeichneten Betriebsgrundstücke. Die erwähnten Grundstücke sind auch gewidmet, wenn sie nicht der Bahn gehören [2]). Sie bleiben gewidmet, bis daß die Bahnaufsichtsbehörde sie als betriebsentbehrlich bescheinigt, auch wenn sie von der Bahn tatsächlich zu bahnfremden Zwecken verwendet werden [3]). Bei den Mobilien sind die Voraussetzungen für die Widmung wieder anders [4]).

Wie das aBEG könnte auch das VZEG in seinem Geltungsbereich einen eigenen, vom ZGB abweichenden Sachbegriff aufstellen.

Was nach ZGB und BGB Sache ist, wird von diesen beiden Gesetzen zwingend [5]) umschrieben. Dasselbe gilt für die Bahneinheit des aBEG. Dies ergibt sich schon aus seinem Wortlaute sowie daraus, daß es sie in § 1 als Grundstück erklärt.

Zu b) : Nach ZGB besteht das Wesen der Sachbestandteile darin, daß dingliche Rechte an der Sache alle Bestandteile ergreifen und daß an den einzelnen Bestandteilen allein keine dinglichen Rechte bestehen können [6]). Mit andern Worten: alle Bestandteile haben gleiche Rechtslage hinsichtlich der dinglichen Rechte (diese Stellung kommt im BGB nur den sogenannten wesentlichen Bestandteilen zu) [7]). Solange etwas (wesentlicher) Bestandteil ist, kann es mangels ausdrücklicher Ausnahme durch

---

[1]) Vgl. §§ 1, 16 aBEG und dazu Eger; ebenso Fritsch, Eisenbahnrecht 36, 410: Mit der Bahneinheit „ist der im BGB sonst beseitigte Begriff der Sachgesamtheit" (im Sinne von universitas iuris als Rechtsobjekt) „erhalten geblieben, aber mit der Besonderheit, daß die Bestandteile der Gesamtheit fortgesetzt wechseln können". Wie Fritsch auch Rostosky, Der Sachinbegriff im ein- und mehrfachen Zubehörverhältnis, in Jhering Jahrbüchern 2 F, Bd. 38 (1924), 75 ff.

[2]) Eger 50.

[3]) § 4 aBEG und dazu Eger 50.

[4]) § 4, Abs. 1, Ziff. 3 aBEG und dazu Eger 57 f.

[5]) Leemann Einl. N 7: die Vorschriften über den Begriff der Sache (und die sachenrechtlichen Eigenschaften) sind zwingendes Recht; für das BGB die Fassung seines § 90 sowie Staudinger I 355.

[6]) Haab N 19 ff. zu Art. 642 ZGB, Homberger N 3 zu Art. 943 ZGB, Leemann N 16 zu Art. 805 ZGB.

[7]) § 93 BGB und dazu Planck I 181 ff., 190; Enneccerus-Nipperdey 371 ff., 378.

das Gesetz z. B. weder gesondert verpfändet noch in der Zwangsverwertung gesondert zugeschlagen werden [1]).

Diese Ordnung diktiert nicht die Logik, sondern in der Hauptsache ein wirtschaftlicher Gesichtspunkt: der der Werterhaltung [2]). Die Verwirklichung dieses Postulats ist allein damit, daß man der Sache gesetzlich einen gewissen Mindestumfang gibt, nicht sichergestellt.

Die Ausdrucksweise des Bundesgerichtes (oben 51) kann nichts anderes bedeuten, als daß auch die schweizerische Bahneinheit eine Sache ist. Es nimmt ja für die „Bestandteile dieses einheitlichen Vermögenskomplexes" Sonderrechtsunfähigkeit [3]) an: sie können weder gesondert verpfändet noch gesondert verwertet werden. Wenn es diese Regelung damit begründet, daß die Verwertung der einzelnen Bestandteile die Zerstörung der Bahneinheit nach sich ziehen würde „in einem Maße vielleicht, daß der Betrieb der Eisenbahn mit den in der Bahneinheit verbleibenden Grundstücken gar nicht mehr aufrechterhalten werden könnte", ist das nur da richtig, wo mit Genehmigung der zuständigen Behörde über sie verfügt wurde (unten 76 ff.). Dagegen trifft auch bei der Bahneinheit zu und war mitbestimmend für ihre Einführung (oben 1) der Grund, der das ZGB und das BGB dazu geführt hat, ihren Sachen einen bestimmten Mindestumfang zu garantieren und deren (wesentliche) Bestandteile für sonderrechtsunfähig zu erklären und der auch dem aBEG maßgebend war (oben 51 f.): der der Werterhaltung oder, gleichbedeutend, der Wertgestaltung.

Dafür, daß das Eisenbahnpfandrecht nicht an den mehreren, in Art. 9, Abs. 2 aVZEG/VZEG aufgezählten Sachen besteht, sondern an ihnen in ihrer Zusammenfassung als Netz oder Linie, spricht auch der Wortlaut des Gesetzes selbst: Art. 9, Abs. 1 aVZEG/VZEG.

Stimmt der Sachbegriff des aVZEG/VZEG mit dem des ZGB, BGB und aBEG auch darin überein, daß Gegenstände zwingend Bestandteile sind, wenn sie die gesetzlichen Voraus-

[1]) Planck I 188 ff.; Haab zu Art. 642 ZGB.

[2]) Haab N 2 zu Art. 642 ZGB, Leemann N 27 zu Art. 642 ZGB. Das Postulat der Werterhaltung ist auch der Grund zur Ausnahmeregelung von Art. 676 ZGB (Haab N 12 zu Art. 676).

[3]) Die Möglichkeit, über das Rechtsobjekt uno actu zu verfügen, gehört nicht zu seinem Begriff, wie Pfenninger 1 anzunehmen scheint (vgl. darüber Haab Einl. N 49).

setzungen erfüllen? Ist Art. 9 dispositiv oder zwingend, wird auch etwa gefragt. Die Antwort ist umstritten.

Meili 44 vertritt zunächst die Ansicht, daß sich jede Eisenbahnverpfändung auf alle in Art. 9, Abs. 2 aVZEG genannten Gegenstände beziehen müsse. Er widerspricht sich, wenn er daraufhin im Anschluß an eine ohne Betriebsmaterial bewilligte Verpfändung sagt: „Aber ich hebe hier besonders hervor, daß das Eisenbahnpfandrecht jedenfalls alle jene" (d. h. die in Art. 9, Abs. 2 aVZEG) „spezifizierten Objekte ergreift, wenn davon nicht spezielle Ausnahmen gemacht werden". Oder wenn er im gleichen Zusammenhang auf Seite 40 bemerkt: „Allein, wenn Restriktionen angebracht werden, so muß es gesagt werden".

Gleicher Meinung ist Vollenweider 69: „Können so Verpfändungen vorkommen, die nicht alle in Art. 9 des Gesetzes erwähnten Objekte umfassen, so ist doch daran festzuhalten, daß sich das Pfandrecht im Zweifel auf alle diese Objekte erstreckt, und daß Ausnahmen im Einzelfalle speziell stipuliert werden müssen".

Pfenninger kommt mit seiner Theorie (oben 52 f.) notgedrungen zu einem ähnlichen Ergebnis. Da er das Pfandrecht an der Bahneinheit als ein Verhältnis auffaßt, das gleich geregelt ist wie das Grundpfandrecht des ZGB, läßt auch er den vertraglichen Ausschluß von Zugehörstücken (d. h. Betriebsmobilien) zu; diese Möglichkeit sei allerdings gesetzlich nicht vorgesehen, fügt er mit Recht bei. (Verpfändungen, die nur das Bahngebiet umfassen, passen sehr gut zu dieser Ansicht. Etwas weniger die Verpfändungen von Straßenbahnen, wo oft nur Betriebsmobilien verpfändet werden [unten 56 f., 90].)

Einig sind die genannten Autoren darüber, daß das Pfandrecht auf die vom Gesetz aufgezählten körperlichen Gegenstände beschränkt sei. Dieser Schluß ergibt sich in der Tat schon aus der Entstehungsgeschichte des aVZEG (unten 64 f.) Auch der Bundesrat hat im Geschäftsbericht pro 1875 [1]) den Art. 9 dahin ausgelegt, daß das Eisenbahnpfandrecht nur die hier angegebenen Objekte umfasse, fügt dann aber bei — und darauf stützen sich die genannten Autoren —, daß die Bahneinheit nicht alle im zitierten Artikel erwähnten Bestandteile besitzen müsse.

Allein diese Stütze ist trügerisch. Denn bei den sogenannten *Teilverpfändungen* ist zweierlei auseinanderzuhalten: Angenom-

[1]) BBl 1876 II 523.

men, das aVZEG/VZEG regle für die Bahneinheit die Voraussetzungen ihrer Bestandteile zwingend:

Ein Gegenstand, dem eine dieser Voraussetzungen fehlt, kann von Gesetzes wegen nicht Bestandteil sein. Wir werden sehen, daß alle Bestandteile im Eigentum der Bahn sein müssen. Steht ihr das Eigentum am Bahngebiet oder am Betriebsmaterial nicht zu, z. B. weil beides gemietet oder gepachtet ist, hat sie solches lediglich an einer einzigen Sache, dann entsteht eine Bahneinheit ohne Betriebsgrundstücke bzw. Betriebsmobilien bzw. eine Einheit, die aus einer einzigen Sache besteht.

Etwas anderes ist es, wenn Gegenstände, welche die gesetzlichen Bestandteilsmerkmale aufweisen, vertraglich aus der Bahneinheit wegbedungen werden. Auch auf diese Weise können z. B. Rechtsobjekte ohne Betriebsmaterial entstehen. M. a. W.: aus den eben beschriebenen, unvollständigen Bahneinheiten zu schließen, daß die Parteien von den in Art. 9 genannten Gegenständen beliebige von der Pfandhaft ausschließen können, ist nicht zwingend und überdies falsch. Das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt für eine derartige Parteiwillkür. Darin ist Pfenninger beizustimmen (oben 56).

Man wird einwenden, daß in der Praxis ein gewisses Bedürfnis nach den auf Parteiwillkür beruhenden Teilverpfändungen bestehe; ferner, daß eine willkürlich reduzierte Bahneinheit nicht unbedingt wertlos zu sein brauche; endlich: das Gesetz schließe Pfandobjekte mit beliebig wenig Bestandteilen nicht aus, und es sei daher nicht einzusehen, warum solche nicht auch durch Parteiwillkür geschaffen werden sollten.

Die Einwände sind nicht stichhaltig. Als der Gesetzgeber gegen die Güterschlächterei einschritt, hat er die gesetzlich zulässige Mindestparzelle mit gutem Grunde nicht nach einem — schwankenden — Wert bestimmt. Ihre Grenzen sind zwingend festgelegt, weshalb auch hier ein allfälliges Bedürfnis nach weiterer Teilung nicht befriedigt werden kann.

Allerdings schließt das VZEG die Entstehung der erwähnten Zwergbahneinheiten nicht aus. Aber daß es ihre Entstehung fördere durch Zulassen der Parteiwillkür, ist deswegen noch nicht anzunehmen. Denn sie sind das Anormale und, vereinbart, insbesondere geeignet, die Rechtssicherheit zu gefährden und die Liquidation zu erschweren.

Das ZGB, das BGB und das aBEG umschreiben die von ihnen geregelten Sachen zwingend. Dasselbe gilt auch für die

Bahneinheit des VZEG. Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzes[1]) und die Vernunft.

2. Folgerungen

Daraus, daß die Bahneinheit eine Sache ist und zwar verschieden von den im ZGB geordneten, folgt:

a) Wie bei den Sachen des ZGB, des BGB und des aBEG kann auch bei der Bahneinheit des VZEG die Bestandteilseigenschaft nicht gültig vereinbart werden für Gegenstände, denen sie von Gesetzes wegen nicht zukommt, noch kann sie genommen werden solchen, die sie nach dem Gesetze besitzen. Die Ansicht von Pfenninger ist daher unrichtig.

Pfenninger läßt, wie erinnerlich, den Umfang der Bahneinheit — in gewissem Rahmen wenigstens — von der Parteiwillkür abhängen, betrachtet die Bahneinheit nicht als *eine* Sache, sondern als eine Mehrheit von (selbständigen) Sachen. Allerdings kann Parteivereinbarung mit einer solchen Mehrheit annähernd die gleichen Wirkungen erzielen wie der Gesetzgeber, wenn er sie zwingend als einheitliches Rechtsobjekt erklärt [2]). Trotzdem ist der Unterschied grundlegend: hier ist Voraussetzung eine bestimmte gültige Parteivereinbarung; also ein Fundament, das zufällig ist, durch Parteiwillkür geschaffen und demnach durch sie auch abgeändert und aufgehoben werden kann. Dort beruhen die Wirkungen auf einem Rechtssatz, der zwingend ist und jede Bahneinheit trifft.

Der Gegensatz zum Generalpfandrecht ist das Spezialpfandrecht. Man will mit diesem Begriff ausdrücken, daß das Pfandrecht nur an speziell bestimmten Sachen möglich sei; mit dem Begriffe Generalpfandrecht also: ein Pfandrecht sei möglich an bloß generell bestimmten Sachen. Sobald und solange für eine Sache die verlangten Voraussetzungen zutreffen, z. B. der eingetretene Erwerb bei der Verpfändung des künftigen Vermögens,

[1]) So auch Meili 44.

[2]) Vgl. Wolff 612; Planck III 1409: Bei der Verpfändung einer Sachgesamtheit ist Gegenstand des Pfandrechtes nicht die Gesamtheit in ihrem jeweiligen Bestande. „Es treten nicht ohne weiteres die neu hinzukommenden Stücke in den Pfandnexus ein und ebenso wenig werden die ausscheidenden dadurch, daß sie ausscheiden, schon pfandfrei. Wohl aber kann im voraus vereinbart werden, daß es dementsprechend gehalten werden soll. Die ausscheidenden Stücke werden dann allerdings ohne weiteres frei kraft der im voraus erteilten, freilich stets widerruflichen Zustimmung. Dagegen werden bezüglich der neu angeschafften Stücke alle Voraussetzungen einer gültigen Verpfändung noch in diesem Moment der Neuanschaffung gegeben sein müssen."

ist sie eo ipso verpfändet. Der Gegensatz Spezialpfandrecht-Generalpfandrecht sagt demnach nur mittelbar etwas über das Pfandobjekt aus: das Generalpfandrecht setzt eine Mehrheit von Pfandsachen voraus. Die Bahneinheit aber ist in bezug auf das Eisenbahnpfandrecht *eine* Sache. Man kann daher nicht von Generalpfandrecht sprechen; denn wenn ein Gegenstand nach ZGB Bestandteil einer verpfändeten Sache und unabhängig vom Willen des Pfandeigentümers und des Pfandgläubigers vom Pfandrecht an der Sache ergriffen wird, bezeichnet man diesen Vorgang auch nicht als Generalpfandrecht. *Dieser* Vorgang aber entspricht den Verhältnissen bei der Bahneinheit.

b) Die Vorschriften über die Zugehörigkeit bzw. Nichtzugehörigkeit zur Bahneinheit sind auch von den Behörden einzuhalten. Was ist die Folge, wenn die Verpfändungsbehörde (letztinstanzlich) von der Bahneinheit ausnimmt, was nach Gesetz ihr Bestandteil ist, oder ihr zuschlägt, was nach Gesetz nicht Bestandteil sein kann? Die zu Unrecht ausgenommene Sache wird nicht und die gesetzwidrig verpfändete Sache ist Bestandteil. Denn die Verpfändungsbehörde ist zuständig zu entscheiden, was zur Bahneinheit gehört oder nicht zu ihr gehört und ein Entscheid einer zuständigen Behörde ist gültig, auch wenn er materiell unrichtig ist [1]).

Dasselbe gilt für die vom Bundesgericht im Verlaufe einer Zwangsliquidation aufgestellten Steigerungsbedingungen. Näheres unten 100 f.

c) Wo das Zivilrecht eine Rechtsfolge an den Charakter einer Sache als Mobilie oder Immobilie knüpft, ist seine subsidiäre Geltung begrifflich ausgeschlossen. Denn das aVZEG/VZEG unterstellt sein Rechtsobjekt nicht wie das aBEG grundsätzlich dem Liegenschaftsrecht, aber auch nicht dem Mobiliarsachenrecht. Beispiel: die Verjährung der eisenbahnpfandrechtlich versicherten Forderung. Die Lösung muß gesucht werden auf Grund von Art. 1, Abs. 2 ZGB. Möglicherweise kommt man dabei inhaltlich zu der Lösung, die Art. 807 ZGB für die Grundpfandforderungen vorgesehen hat.

3. Die Umschreibung der schweizerischen Bahneinheit

a) Nach Art. 9, Abs. 1 aVZEG/VZEG kann ein Eisenbahnpfandrecht bestellt werden am ganzen Netz oder an einzelnen

[1]) Burckhardt, Organisation 261 ff., — Methode 124, 137 f.

Linien einer Bahn. Das Gesetz definiert diese beiden Begriffe nicht. Netz ist die technische Bahnanlage, auf der ein bestimmtes Unternehmen laut Konzession bzw. Gesetz öffentlich das Transportgewerbe ausüben darf und muß. Linien sind rationell betriebsfähige Teile eines Netzes. Netz und Linie in diesem Sinne sind also bestimmte geometrische Größen.

Art. 9, Abs. 1 aVZEG/VZEG verwendet diese beiden Begriffe in einem andern Sinne: nämlich als Inbegriff der von den geographischen Größen Linie oder Netz erfaßten, in seinem Abs. 2 umschriebenen Gütern. Das Objekt des Eisenbahnpfandrechtes wird demnach vom Gesetz genannt Eisenbahn (Art. 1), Netz oder Linie (Art. 9); von der Literatur und Praxis in Anlehnung an das preußische Recht auch Bahneinheit [1]).

Es sei aber betont, daß sich die schweizerische Bahneinheit von der preußischen wesentlich unterscheidet. So z. B. in den erfaßten Gütern (oben 51 f.); ferner in dem sie zusammenfassenden Moment: dort die geographische Größe Netz oder Linie, hier das in der Konzession genannte geographische Maß; weiter: nach preußischem Recht bilden die verschiedenen Betriebsvermögen, die durch die Ausführung von mehreren Konzessionen entstanden sind, mehrere Bahneinheiten, sofern und soweit sie laut Konzession nicht einheitlich zusammen zu betreiben sind [2]).

b) Wie verhalten sich Linie und Netz zueinander?

Art. 9 VZEG läßt zu, daß zunächst das Netz, z. B. im 1. Range, verpfändet wird und nachher eine seiner Linien, z. B. im 2. Range; welchen Vorgang hat das Pfandrecht auf der Linie?

Die Linien eines verpfändeten Netzes können veräußert werden und gehen pfandbelastet über; mit welcher Pfandbelastung gehen sie über?

Netz und Linie können nicht zugleich Sache sein. Sache ist zweifellos die Linie. Sie entspricht der gesetzlich zulässigen Mindestparzelle bei Grundstücken [3]). Daraus folgt wohl für die

[1]) Z. B. Meili 46, Ostertag N 15 zu Art. 944 ZGB, BGE 47 III 178.

[2]) § 2, Abs. 1 aBEG und dazu Eger 16 ff.

[3]) Vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichtes vom 4. 11. 1876 in Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege II 656 ff.: Die Rigibahn hatte nach kantonalem Recht verpfändet die Linien Staffelhöhe–Kulm und Arth–Staffel. Als das Pfandrecht im Eisenbahnpfandbuch eingetragen werden sollte, wollte sie das Stück Staffel–Kulm davon ausnehmen mit der Begründung, es sei nicht verpfändet und hafte daher nicht. Das Bundesgericht ließ aber auch dieses fragliche Stück haften; denn es mache einen nicht selbständigen Teil der Gesamteisenbahn aus.

Fälle, wo das Netz mehrere Linien enthält, daß statt des Netzes seine Linien verpfändet werden können und zwar entweder je für Teilbeträge der Pfandforderung oder solidarisch für die gesamte Forderung (Gesamtpfandrecht analog Art. 798 ZGB).

Das Pfandrecht an einem Netz ist ein Gesamtpfandrecht [1]). Etwas anderes ist vernünftigerweise nicht möglich.

Ein Gesamtpfandrecht nach VZEG kann entstehen dadurch, daß die Bahn für die gleiche Forderung entweder ihr Netz oder einzelne Linien gesamthaft verpfändet.

Mit der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß das Gesamtpfandrecht ein einheitliches Recht ist; der Pfandgläubiger hat *ein* Pfandrecht und nicht so viele, als das Netz Linien hat, bzw. so viele, als Linien (gesamthaft) verpfändet sind. Daher kann das Gesamtpfandrecht nur als Ganzes und nicht linienweise übertragen werden. Ferner haben sämtliche Eigentümer der gesamthaft verpfändeten Linien zuzustimmen, wo die Zustimmung des Eigentümers der Bahneinheit erforderlich ist. Dagegen wird angenommen, daß die Einheitlichkeit des Rechts eine mit seiner Natur vereinbare verschiedene Belastung der einzelnen Linien nicht ausschließe, wie etwa Änderung des Zinsfußes, der Kündigungsbestimmungen, des Ranges usw. Geht das Pfandrecht durch Befriedigung auf einer Linie unter, erlischt das gesamte Pfandrecht, erlischt es also an allen Linien.

Der Gläubiger kann das Gesamtpfandrecht in Einzelpfandrechte auflösen und dabei die Pfandhaft beliebig verteilen. Er verzichtet nämlich damit hinsichtlich der einzelnen Linien ganz oder teilweise auf sein Pfandrecht. Da er auf sein Pfandrecht verzichtet, wird die Zustimmung der Linieninhaber nicht erforderlich sein. Verzichtet er nicht, so bleiben die Linien für den Gesamtbetrag verhaftet, wenn das Netz zerstückelt wird oder seine Linien einzeln veräußert werden.

Zur Berechnung des Vorganges vereinzelt verpfändeter Linien ist die ungeteilte Pfandsumme einzustellen.

Der Pfandgläubiger wird wie der Hypothekargläubiger gemäß § 1132 BGB nach Belieben aus allen Linien zugleich oder einzelnen für die ganze Forderung oder einen Teilbetrag Befriedigung suchen können. Veräußert die Bahn nämlich einzelne Linien und würde in der Folge der Pfandgläubiger nicht befrie-

[1]) Darüber wird in der folgenden Darstellung zugrunde gelegt Planck III zu § 1132 BGB, Wolff 547 sowie Leemann zu Art. 798 ZGB.

digt, so wäre nicht einzusehen, warum er alle Inhaber der haftenden Linien in die Zwangs- und Gesamtliquidation jagen können sollte (vgl. Art. 13 ff. VZEG).

Die Verhältnisse darzustellen, die das Gesamtpfandrecht im Konkurs bewirkt, geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Bemerkt sei bloß, daß auch das entsprechende deutsche Recht mit Nutzen herangezogen werden kann [1]).

Die Aufteilung des Netzes in Linien nimmt die Verpfändungsbehörde auf Antrag des Eigentümers vor.

2. Abschnitt:

Die Bestandteile der Bahneinheit

§ 11

Ausschließlich Betriebssachen

1. Nur körperliche Sachen im Sinne des ZGB

zählt das Gesetz in Art. 9 auf. Daraus folgt:

a) Die eisenbahnrechtliche Verpfändung von Rechten:

z. B. Miteigentumsanteilen [2]) ist gesetzwidrig, aber gültig (unten 95 f.). Diesem Schluß wird man die „ratio legis" entgegenhalten: unter Netz und Linie verstehe das Gesetz ein betriebsgenügendes Substrat und zu einem solchen gehörten möglicherweise auch Rechte. Dagegen ist zu sagen, daß das Gesetz eben das Postulat einer betriebsfähigen Bahneinheit nicht kompromißlos erfüllt hat, im Gegensatz etwa zum aBEG (oben 51 f.) und zum frühern tschechoslowakischen Gesetz vom 22. 8. 1930 [3]). Wie weit es die fragliche Forderung erfüllt hat, bestimmt sich ausschließlich aus Art. 9. Aus dem erwähnten Postulate darüber hinausgehende Schlüsse auf die Zusammensetzung der geltenden schweizerischen Bahneinheit zu ziehen, ist falsch und gesetzwidrig [4]) und zwar sogar dann, wenn der Gesetzgeber die Einbeziehung von Rechten 1917 nicht — ablehnend — erwogen, sondern vergessen haben sollte.

---

[1]) Z. B. Planck III 1089 f. und das dort angegebene Schrifttum.

[2]) Beispiel in BBl 1878 II 726; in BBl 1910 IV 428 wird der Bahn konzedierte Wasserkraft verpfändet.

[3]) Vgl. Fenzl, Die gesetzliche Neuregelung der Eisenbahnbücher und der an Bahnen erworbenen Pfandrechte in der Tschechoslowakei in EE 51, 297 ff.

[4]) Burckhardt, Methode 289.

Die Lösung des aVZEG/VZEG führt allerdings zu nicht sehr idealen Zuständen. Miteigentumsanteile an Betriebsgrundstücken z. B. sind nach VZEG nicht verpfändbar, sondern höchstens nach ZGB. Wegen der Öffentlichkeit der Betriebsgrundstücke (unten 80 ff.) werden sich als Steigerungsinteressenten wohl nur die andern Miteigentümer melden — vielleicht; denn wegen der erwähnten Öffentlichkeit sind sie auf Miteigentumsanteile nicht angewiesen. Ferner: beschränkt dingliche Gebrauchsrechte zugunsten oder zu Lasten von Betriebsgrundstücken bleiben von einer Verpfändung gemäß VZEG unberührt, da dieses deren Bestand nicht regelt, sondern dafür ausschließlich das ZGB maßgebend ist (oben 4 f.). Das belastete oder berechtigte Bahngrundstück fällt daher belastet oder berechtigt in die Pfandhaft und wird samt Last oder Recht verwertet [1]). Ist die Bahn dagegen durch Personalservitut berechtigt, ein fremdes Grundstück für Bahnzwecke in Anspruch zu nehmen, fällt diese nach Art. 9 als (ein nicht mit einem Grundstück verknüpftes) Recht nicht in die Pfandhaft. Das mit ihr belastete Betriebsgrundstück wiederum gehört belastet zur Bahneinheit.

Andere, d. h. nicht dingliche Rechte, etwa solche aus Verträgen, gehören mangels gesetzlicher Vorschrift nicht zur Bahneinheit. Fraglich ist die Sache immerhin im Rahmen von Art. 57 VVG:

Nach Roelli II 204 gilt Art. 57 VVG dank seiner allgemeinen Fassung auch im Gebiete des VZEG. Es fragt sich, ob diese Ansicht richtig ist. Die Bahn ist betriebspflichtig. Das Eisenbahnpfandrecht erfaßt nur Betriebssachen. Geht eine Betriebssache unter, dann ist die Bahn dank der Betriebspflicht und der Aufsicht durch die zuständigen Behörden gezwungen, sie zu ersetzen, es sei denn, daß die ordnungsgemäße Durchführung des vorgeschriebenen Betriebes dies nicht verlange. In diesem Falle aber ist dargetan, daß die untergegangene Sache betriebsentbehrlich war oder ohne ihren Untergang betriebsentbehrlich geworden wäre. Von diesem Augenblick weg aber haftete sie nicht mehr. Nun wäre es doch ungereimt, die Haftung einer Sache zu verneinen, die des entsprechenden Versicherungsanspruches dagegen zu bejahen. Verlangt aber der Betrieb, daß die untergegangene Sache ersetzt werde, so haftet die Ersatzsache gemäß VZEG, nämlich weil sie Betriebssache ist, ganz gleichgültig, ob sie aus

[1]) Beispiele im BBl 1909 IV 605, 1914 III 691.

der von einer Versicherung ausgerichteten Entschädigung angeschafft wurde oder nicht. Analoges gilt, wenn eine (Betriebs-) Sache bloß beschädigt wurde.

b) Die Grenzen der Bestandteile der Bahneinheit bestimmt das ZGB

Im Interesse größerer Klarheit hätten daher 1917 in Art. 9, Abs. 2, Lit. *a* VZEG die Schlußworte von „mit Einschluß ....“ weg gestrichen werden können.

Dadurch, daß das ZGB die Grenzen der Bestandteile umschreibt, wird eine Kollision zwischen ZGB und VZEG nämlich derart, daß dieses für seine Sache die Grenze so zieht, daß Sachen des ZGB aufgeteilt werden, ausgeschlossen.

2. Die erfaßten Grundstücke

a) Gemäß Art. 9, Abs. 2, Lit. *a* aVZEG/VZEG

Nach dem Wortlaute des Gesetzes sind gewisse Betriebsgrundstücke nicht Bestandteile, nämlich die mit dem Bahnkörper nicht zusammenhängenden; daher oft nicht die Wasserreservoire, elektrische Anlagen wie bahneigene Kraftwerke, Transformatorenstationen usw. Dagegen rechnet Art. 9 zum Pfandobjekt die mit dem Bahnkörper zusammenhängenden Nichtbetriebsgrundstücke, Grundstücke also, die die Bahn zufällig besitzt.

Diese streng wörtliche Auffassung ist seinerzeit von Russenberger [1]) vertreten worden und zwar mit Rücksicht auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte von Art. 9 aVZEG. Nach Art. 8 des bundesrätlichen Entwurfes vom 7. Juli 1873 soll das Eisenbahnpfandrecht an Immobilien ergreifen „den Bahnkörper mit Einschluß der Bahnhöfe, Stationsplätze, sämtliche darauf befindlichen, der Bahngesellschaft zugehörenden Hochbauten ...., überhaupt alles unbewegliche Vermögen der Bahngesellschaft“. Der zuerst beratende Ständerat strich die Schlußworte von „überhaupt“ an, da die Bahn dadurch zu stark eingeengt würde [2]); eine Begründung, deren Richtigkeit gerade durch die heutigen Verhältnisse bewiesen wird. Daraufhin stellte der Nationalrat die Gesetz gewordene Fassung auf.

[1]) Russenberger, Rechtsgutachten betreffend Hypothekenbestellung auf dem Nordostbahnnetz, 1877, 4; gleicher Ansicht auch Meili 48 f., der sich mit einem Hinweis auf den Gesetzestext begnügt.

[2]) BBl 1876 II 523.

Der Schluß Russenbergers ist nicht unbedingt zwingend. Laut bundesrätlicher Botschaft wurde mit dem Gesetz bezweckt, eine einheitliche Pfandbestellung zu ermöglichen und ein geeignetes Pfandobjekt zu schaffen. „Auch muß", schreibt der Bundesrat darin [1]), „bei der Verpfändung einer Eisenbahn .... der Bahnkörper und auch Gebäude mit dem Betriebsmaterial verbunden werden. Beide Teile gehören zusammen ....; alles dient dem nämlichen Zwecke", — nämlich dem Bahnbetrieb. Die Botschaft verweist auf die eben angeführte Stelle als Begründung, „warum das Pfandrecht sich nicht nur auf den Bahnkörper mit den zudienenden Liegenschaften und Gebäuden" erstrecken könne und begründet daraufhin, warum er trotzdem auch „*das Vermögen der Gesellschaft, welches nicht zur Bahn selbst und ihrem Bahnkörper gehört*" zum Pfandobjekt geschlagen habe, ein Passus, der, wie gesagt, vom Ständerat gestrichen wurde.

Im gleichen Sinne spricht sich auch die ständerätliche Kommission aus [2]).

Warum braucht der Bundesrat im Entwurf nicht den naheliegenden Ausdruck „Betriebsgrundstücke" oder, analog der Fassung für Mobilien, „die für den Betrieb zudienenden Grundstücke"? Möglicherweise wollte er im Interesse größerer Eindeutigkeit die Betriebsgrundstücke gerade konkret umschreiben (was ja für die Mobilien nicht gut möglich ist). Der Nationalrat beabsichtigte wohl kaum vom Standpunkt des Bundesrates und des Ständerates abzuweichen, als vielmehr in ihrem Sinne ihre Fassung zu verbessern. Sie umfaßt in den meisten Fällen ja in der Tat alle Betriebsgrundstücke, aber eben nicht immer.

Im Geschäftsbericht von 1875 [3]) interpretiert der Bundesrat den Art. 9 dahin, daß das Eisenbahnpfandrecht auf die dort angegebenen Objekte beschränkt sei und fährt dann fort: „Wenn hienach nichts verpfändet werden kann, was nicht zum Wesen einer im Betrieb befindlichen Eisenbahn gehört ....". Nichtbetriebsgrundstücke schließt er demnach aus. Daß er sich mit diesen Worten nur auf nicht mit dem Bahnkörper zusammenhängende Grundstücke beziehen wollte, ergibt sich aus nichts und wäre auch nicht gerechtfertigt.

[1]) BBl 1873 III 29 ff.: nämlich im Interesse einer einfacheren Liquidation.
[2]) BBl 1873 IV 334.
[3]) BBl 1876 II 523.

1899 wurde der Drahtseilbahngesellschaft Rheineck-Walzenhausen u. a. bewilligt die Verpfändung eines Wasserreservoirs samt dessen Zuleitungen zur Bahn [1]), eines Betriebsgrundstückes also, das sehr wahrscheinlich nicht mit dem Bahnkörper zusammenhängt.

Nach Erkundigungen geht heute die konstante Praxis dahin, alle Betriebsgrundstücke, aber nur solche (in ihrer Zusammenfassung als Netz oder als Linie) zu verpfänden.

Mit Hinweis auf die Muottas-Muraigl-Bahn (vgl. auch oben 28), die 1919 [2]) samt dem Hotel Muottas-Kulm, also einem Nichtbetriebsgrundstück, verpfändet wurde, behauptet Pfenninger 129 Anm. 4 eine systemwidrige und schwankende Praxis auch in neuerer Zeit. Die Akten, die auch Pfenninger offen geständen hätten, zeigen, daß im erwähnten Hotel die Antriebsstation eingebaut ist und zudem dort ständig einige Bahnangestellte wohnen, daß es sich demnach um ein Betriebsgrundstück handelt. (Gleich kann übrigens der Fall auch liegen bei der Brienzerrothornbahn bezüglich des eisenbahnpfandrechtlich mitverpfändeten Hotels auf dem Rothorn-Kulm [3]). Damit soll nicht etwa versucht werden, die ältere Praxis mit all ihren Mißgriffen zu decken. Es soll aber betont werden, daß eine Kritik, die sich nur auf das publizierte Verpfändungsgesuch stützt, fehlgehen kann.

Die heutige Praxis steht sehr wahrscheinlich im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers von 1873—1874, ganz sicher aber mit der Absicht des Gesetzgebers von 1916—1917:

Das VZEG „paßt genau auf die Schiffahrtsunternehmungen"; für seine Anwendung auf die Verpfändung und Zwangsliquidation von solchen „genügt vorläufig ein einziger Satz", sagt der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des aVZEG [4]) und läßt in seinem Gesetzesentwurf (Art. 9 a) das Schiffspfandrecht u. a. „sämtliche dem Betriebe zudienenden Liegenschaften und Gebäude ...." umfassen.

Wie die bundesrätliche Botschaft vertreten auch die Berichterstatter der Kommissionen die Meinung, daß der Wortlaut von

[1]) BBl 1889 I 1066; in gleichem Umfang erneut verpfändet 1909 und 1931 (vgl. BBl 1909 I 750 und 1931 I 522).
[2]) BBl 1919 III 105 und neuerdings 1933 (vgl. BBl 1933 I 728).
[3]) BBl 1894 III 515.
[4]) BBl 1916 III 447.

Art. 9 gleich wie der von Art. 10 schlechthin alle Betriebsgrundstücke, aber nur solche ergreife [1]).

Das Bundesgesetz betreffend Abänderung und Ergänzung des Bundesgesetzes über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der Eidgenossenschaft vom 24. Juni 1874 wurde einstimmig angenommen, ohne daß bei den Beratungen gegen die Auffassung des Bundesrates oder der Kommissionen bezüglich der vom Pfandrecht erfaßten Grundstücke opponiert worden wäre. Daß die vom aVZEG übernommene Fassung des Art. 9 nicht wie gewollt alle Betriebsgrundstücke, aber nur solche erfasse, wurde übersehen.

Wichtiger als der Wille des historischen Gesetzgebers ist — und das mag entscheidend sein für die Frage der Gesetzmäßigkeit der heutigen Verpfändungspraxis [2]) — daß Art. 9, Abs. 2, Lit. *a* aVZEG/VZEG vernünftigerweise gar nicht anders gemeint sein kann.

Nämlich: Mit dem Bundesgericht ist anzunehmen [3]), daß der Gesetzgeber die betriebsnotwendigen Sachen zusammenhalten wollte und zwar in der auch vom Bundesgericht geteilten Überlegung [4]), daß andernfalls der Betrieb möglicherweise nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte. Daher umfasse das Pfandobjekt die (d. h. alle) Bahnbetriebsgrundstücke; ihre Einzelverpfändung sei ausgeschlossen.

Weiter: Das Betriebsgrundstück hat, solange es ein solches, d. h. eine öffentliche Sache ist (unten 80 ff.), einen geringen oder keinen Wert. Daher eignet es sich nicht zur Verpfändung nach ZGB noch zur Verwertung nach SchKG. Gerade deshalb ergibt nur die Zusammenfassung des gesamten Betriebsvermögens ein einigermaßen [5]) wertvolles und daher geeignetes Pfandobjekt.

---

[1]) Nach dem deutschen Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission schließt das aVZEG „die sämtlichen Liegenschaften und beweglichen Gegenstände, welche zum Betrieb der Eisenbahn gehören, ein. — Das VZEG soll umfassen grundsätzlich alle einem Bahn- oder Schiffahrtsunternehmen zum Betriebe notwendigen Mobilien und Immobilien; Immobilien, die nicht dem Betriebe dienen, fallen nicht unter das vorliegende Gesetz, sagt der französische Berichterstatter (vgl. StenBull NR 1916, 249 ff.; StenBull StR 1916, 138).

[2]) Burckhardt, Methode 276 ff.

[3]) BGE 47 III 163, zitiert und bestätigt im BGE 51 III 215.

[4]) Über die Richtigkeit dieser Auffassung unten 77 ff.

[5]) Nach Eger 62 und 504 ist die betriebsfähige Einheit Wertgegenstand nicht so sehr in Rücksicht auf ihren Verkaufswert, sondern weil sie den Betrieb und damit Betriebseinnahmen gewährleiste. Das stimmt. Daher ist heute, wo Betriebseinnahmenüberschüsse selten und klein, Betriebsausgabenüberschüsse häufig und oft auch beträchtlich sind, der Verkehrswert der Bahneinheit oft kleiner als ihr Abbruchwert. Jener wurde z. B. bei der Liquidation der Furka-Bahn auf Fr. —. —, dieser auf Fr. 2 500 000 geschätzt. Zugeschlagen wurde für Fr. 1 750 000 (vgl. Bundesarchiv).

Ferner: Es läßt sich kein einleuchtender Grund angeben, warum die mit dem Bahnkörper nicht zusammenhängenden Betriebsgrundstücke nicht verpfändet werden sollten, dagegen aber an ihn angrenzende Nichtbetriebsgrundstücke. Die Betriebssachen bilden zusammen eine wirtschaftliche Einheit; Nichtbetriebssachen gehören nicht dazu.

1873 wurde die Verpfändung des gesamten Vermögens der Bahn abgelehnt (oben 64), weil diese dadurch zu stark beengt würde. Diese Überlegung ist wohl nie zutreffender gewesen als gerade heute, wo Erkundigungen ergeben haben, daß die Bahnen froh sind über jedes Grundstück, das sie nach ZGB verpfänden können und daß sie versuchen, ihren Betrieb derart einzurichten, daß bisherige Betriebsgrundstücke betriebsentbehrlich, aus der Bahneinheit entlassen und zur Verpfändung nach ZGB frei werden. Sie erhalten nämlich den kleinen Kredit zu günstigeren Bedingungen, wenn sie als Sicherheit ein Grundstück mit wenig Vorgang nach gemeinem Recht verpfänden können. Der Gläubiger weiß dann, daß bei einer Zwangsverwertung ein zum voraus doch noch einigermaßen abschätzbarer Pfanderlös vorab ihm zugute kommt und er nicht erst nach einer Reihe anderer Gläubiger befriedigt wird — oder auch nicht; besonders nicht, wenn er mit einem schlechten Pfandrang vorlieb nehmen mußte. Und das ist heute bei der allgemein hohen Verschuldung meist der Fall.

Endlich: Auch die herrschende Ansicht über Art. 944 ZGB spricht dafür, daß alle Betriebsgrundstücke, aber nur solche zur Bahneinheit gehören. Das VZEG kennt „ein Pfandrecht an der Bahneinheit, d. h. an der *Gesamtheit aller dem Betriebe dienenden Grundstücke* ....", schreibt Ostertag in N 15 zu Art. 944 ZGB. Homberger in N 22 zu Art. 944 ZGB: Ins Eisenbahngrundbuch gehören alle vom Eisenbahnpfandrecht erfaßten Grundstücke — und das sind nach Ostertag alle Betriebsgrundstücke. Alle vom Eisenbahnpfandrecht nicht erfaßten Grundstücke gehören prinzipiell ins Grundbuch und sind damit auch den Pfandrechten des ZGB zugänglich [1]).

b) Gemäß Plan im Sinne von Art. 14 EG

aa) §4 pEG sieht eine sogenannte Planfeststellung vor. Nach Fritsch (Handbuch 71) ist sie „die rechtswirksame Bestimmung

[1]) Auch nach dem ehemaligen tschechoslowakischen Recht enthielt die Bahneinheit nur Betriebsgrundstücke (und Betriebsmobilien) (vgl. EE 51 [1931], 299).

über Lage, Gestaltung und Beschaffenheit der Bahnanlage in allen Bestandteilen und darüber, wo und wie besondere Anlagen der durch die Bahnanlage berührten öffentlichen und privaten Interessen auszuführen sind [1])".

Diese Planfeststellung erfaßt die gesamte Bahnanlage. Zu dieser gehören nicht nur der Bahnkörper und die Stationen (so Art. 9 aVZEG/VZEG), „sondern auch die Anlagen, die zum Schutze des Bahnkörpers und zum Schutze des Betriebes nötig sind" [2]), also in der Tat alle betriebsnotwendigen Grundstücke.

bb) Art. 14 EG sieht eine sogenannte Genehmigung der Baupläne vor. Diese Plangenehmigung, näher ausgeführt in der Vo über E'Planvorlagen, entspricht inhaltlich der Planfeststellung gemäß § 4 pEG. Die schweizerische Praxis [3]) scheint aus jener Vorschrift grundsätzlich die gleichen Folgerungen zu ziehen wie die deutsche aus dieser [4]).

Das Plangenehmigungsverfahren erfaßt ebenfalls die gesamte Bahnanlage, d. h. alle betriebsnotwendigen Grundstücke, gleichgültig ob sie z. B. mit dem Bahnkörper zusammenhängen oder nicht [5]); alle betriebsnotwendigen Grundstücke, aber nur solche.

Im Umfange des Planes kann enteignet werden (Art. 12, 14 EG in Verbindung mit Vo über E'Planvorlagen). Enteignung ist aber nur möglich, soweit es zur Erreichung eines öffentlichen Zweckes notwendig ist (Art. 1 EntG) [6]). Für nicht betriebsnotwendige Grundstücke wird daher das Enteignungsrecht nicht gewährt.

c) Sind die Grundstücke gemäß Art. 9 aVZEG/VZEG identisch mit den Grundstücken gemäß Art. 14 EG?

Diese Frage taucht auf, weil § 4 aBEG die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Bahneinheit abhängig macht von seiner Widmung für die Bahn. Er scheint sich aber mit dem Ausdruck „gewidmet" nicht auf das Planfeststellungsverfahren zu beziehen. Wenigstens untersucht Eger 49 ff. ausführlich, was für Grundstücke als gewidmet zu betrachten seien und erwähnt dabei den festgestellten Plan mit keinem Wort. Die heutige Praxis geht

[1]) So auch Schilken, Eisenbahn und Weg 1937, 16 und Wachtel, Grundzüge des Planfeststellungsrechts bei Reichsbahnanlagen in VAE 1936, Bd. 2, 456 ff.
[2]) Vgl. Oetiker I zu Art. 14 EG; ZBGR 19, 38 ff.
[3]) Art. 17 EG.
[4]) Insbesondere Fritsch, Eisenbahnrecht 33 ff., 90, 113 ff.
[5]) Unrichtig daher wohl Fleiner, BStR 474.
[6]) So auch Heß 313.

nach Fritsch (Eisenbahnrecht 103 ff.) aber jedenfalls dahin, daß die Planfeststellungsbehörde hier die Grenzen der Bahneinheit bestimmt.

Wie steht es im schweizerischen Recht? Es wäre möglich, daß das positive Recht das Betriebsgrundstück des genehmigten Planes nicht übereinstimmen ließe mit dem des VZEG. Das Gesetz gibt aber keinen Anhaltspunkt für eine solche Diskrepanz. Sie ließe sich vernünftig wohl kaum begründen:

Der genehmigte Plan umfaßt die jeweils dem Bahnbetrieb notwendigen Grundstücke. Diese bilden eine wirtschaftliche Einheit. Das VZEG stellt auf den gleichen Betriebsbegriff ab; sollte es die von diesem Begriffe geschaffene Gütereinheit außer acht lassen?

3. Die erfaßten Mobilien

Maßgebend ist Art. 9, Abs. 2, Lit. *b* aVZEG/VZEG. Darnach gehört zur Bahneinheit das gesamte Betriebs- und Unterhaltsmaterial; Geld und Wertschriften also nicht im Gegensatz zu § 4, Abs. 1, Ziff. 2 aBEG. Diese Vorschrift ist klar und vernünftig. Wird durch Neuorganisation des Bahnbetriebes Betriebsmaterial überflüssig, so haftet es den Pfandgläubigern nicht mehr.

Unter dieser Voraussetzung ist es zweifelhaft, ob der Entscheid in BGE 49 III 263 richtig ist:

Auf der Furka-Bahn lasten gesetzliche Pfandrechte. Um sich die notwendigen Mittel zur unverkürzten Bezahlung der in Art. 52 VZEG genannten Schulden zu beschaffen, sagt das Bundesgericht, könne die Bahngesellschaft nicht wie beabsichtigt, nachträglich das für den Betrieb des Teilstückes Brig-Gletsch überflüssige Rollmaterial verkaufen. Denn zum Verkaufe eines Teils des Rollmaterials sei die Zustimmung der Pfandgläubiger nötig und diese fehle.

§ 12

Im Eigentum der Bahn

Im Gegensatz zum aBEG regelt das aVZEG/VZEG nur das Pfandrecht. Für alle andern dinglichen Rechte, deren Entstehung und Untergang, gilt ZGB. Demzufolge geht das Eigentum bei der Zwangsvollstreckung über bei Grundstücken (Art. 656, Abs. 2 ZGB), und es wird angesichts von Art. 933—934 ZGB regelmäßig übergehen bei Fahrnis.

Begriffsmäßig kann nur der Eigentümer einer Sache das Eigentum an ihr übertragen; direkt oder indirekt durch Verpfändung und Zwangsvollstreckung [1]). Daher können vom Eisenbahnpfandrecht nur ergriffen werden diejenigen betriebsnotwendigen körperlichen Sachen, die jeweils im Eigentum des Pfandinhabers stehen [2]); verwertet werden können daher nur solche, die ihm zur Zeit der Liquidation gehören. In diesem Sinne ist der Satz in Art. 11, Abs. 1 VZEG „Das Pfandrecht ist auf den Bestand beschränkt, wie er zur Zeit der Liquidation vorhanden ist" zu verstehen, und so wird er von der Wissenschaft und Rechtsprechung auch verstanden [3]). Unter Eigentumsvorbehalt geliefertes Rollmaterial z. B. fällt demnach nie in die Pfandhaft.

Gerade diese Ordnung liefert die Antwort auf die Frage, warum die Doppelstellung der Bahnbetriebssachen (gleichzeitig Sache nach ZGB und sonderrechtsunfähiger Bestandteil der Bahneinheit nach VZEG) nicht zu Widersprüchen führt:

Das ZGB hat die Frage, wem die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sachen zustehe, einheitlich geordnet, und das VZEG hat sie nicht angetastet. Im Gegensatz dazu hat das aBEG grundsätzlich alle dinglichen Rechte an der Bahneinheit, zugleich aber auch an ihren Bestandteilen zugelassen. Es hat deshalb eine ziemlich verzwickte Ordnung schaffen müssen, um die beiden Regelungen einigermaßen auf einander einzuspielen. Die tschechoslowakische Neuordnung von 1930 stand auf dem gleichen Boden wie das VZEG: zur Eisenbahneinlage (entspricht unserer Bahneinheit) kann nur gehören, was im Eigentum der Bahn steht [4]).

Für die Bestandteile der Bahneinheit gilt das ZGB, soweit nicht das VZEG eine Regelung trifft. Es können an ihnen grundsätzlich alle beschränkt dinglichen Rechte begründet werden; Ausnahme: die Pfandrechte (und die Grundlast) des ZGB [5]). Sie gehen dem Eisenbahnpfandrecht in gleicher Weise vor wie dem

[1]) Der Erwerb von einem Nichtberechtigten durch einen gutgläubigen Dritten bestätigt als Ausnahme die Regel.

[2]) So bereits BGE 4, 650 ff. und BGE 5, 239 ff. Gleich das alte tschechoslowakische Gesetz von 1930 (vgl. EE 51 [1931] 297 ff.).

[3]) Meili 44, Oetiker I N 2 zu Art. 9 aVZEG. — Solange die Entschädigungssumme für die von der Bahn enteigneten Grundstücke nicht bezahlt ist, gehören sie nicht zum Pfandobjekt (BGE 2, 268 ff.).

[4]) EE 51 (1931), 297 ff.

[5]) So auch Homberger N 23 zu Art. 944 ZGB.

gewöhnlichen Pfandrecht; sie gelten daher auch für den Ersteigerer der Bahn [1]).

§ 13

Freiheit von Verwertungsrechten

1. Die Verhältnisse bei Betriebsgrundstücken

Das Verhältnis zwischen den dinglichen Rechten des ZGB und dem Eisenbahnpfandrecht ist an einer einzigen Stelle ungeregelt und unsicher: beim Pfandrecht. Es sind hier drei Möglichkeiten denkbar:

1. An Betriebsgrundstücken sind die im ZGB erwähnten Pfandrechte unmöglich;
2. Sie sind möglich, ziehen aber das Ausscheiden aus der Bahneinheit nach sich;
3. Sie ziehen das Ausscheiden nicht nach sich.

Dem Gesetzgeber scheint die Lösung 1 vorgeschwebt zu haben, als er in Art. 944, Abs. 3 ZGB die Eisenbahngrundstücke vom Grundbuch ausschloß. Damit wird in der Tat das Entstehen der im ZGB erwähnten und in ihrem Bestande vom Grundbuch abhängigen Pfandrechte verunmöglicht. Aber auch die von ihm unabhängigen, die von Gesetzes wegen entstehenden Pfandrechte des ZGB hält das Bundesgericht (BGE 47 III 174 ff.) an Eisenbahngrundstücken nicht für möglich mit der richtigen Begründung, daß das VZEG für sie eine vorzugsweise Befriedigung nicht vorsehe; „Im Gegenteil ist aus der Erwähnung der Gebäudeassekuranzbeiträge, die in der Mehrzahl der Kantone öffentlichrechtliche Grundstückbelastungen darstellen, in Ziff. 3 dieser Vorschriften“ (d. i. Art. 40 VZEG) „zu schließen, daß ihnen als einzigen derartigen Lasten ein Vorzugsrecht eingeräumt werden sollte; freilich nicht in der Form der Grundstückbelastung, sondern des Privileges auf das Eisenbahnvermögen“. Diese Ausführungen gelten auch für die vom Grundbuch abhängigen Pfandrechte des ZGB [2]).

[1]) So bereits BGE 4, 653 bezüglich Grunddienstbarkeiten; ferner Art. 6 der Steigerungsbedingungen der Furka-Bahn (Bundesarchiv).

[2]) Vgl. BBl 1913 IV 429, wo der Bundesrat die Bewilligung zur Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes an Grundstücken einer Eisenbahngesellschaft versagt in der Erwägung, daß das VZEG die Bestellung von Pfandrechten an Eisenbahnen abschließend geordnet hat und für die Anwendung des im ZGB enthaltenen Grundpfandrechtes am Netze einer Bahn kein Raum bleibe. — Diese Äußerung bezieht sich nur auf Grundstücke, die unter Art. 9 aVZEG/VZEG fallen.

Dadurch, daß den Kantonen gestattet wurde, die Eisenbahngrundstücke ins Grundbuch aufzunehmen (unten 84), hat sich die Lage grundlegend geändert. Allerdings ist es für den Bestand von Eisenbahnpfandrechten nicht maßgebend [1]). Dagegen ist es das für die rechtsgeschäftlichen Pfandrechte des ZGB. Was soll gelten, wenn ein Eisenbahngrundstück mit Eisenbahnpfandrechten und nach Ausweis des Grundbuches auch mit einem Pfandrecht des ZGB belastet ist? Derartige Fälle werden allerdings selten vorkommen, da Eisenbahngrundstücke bei ihrer Aufnahme ins Grundbuch durch einen diesbezüglichen Vermerk und durch Sperren der Pfandrechtskolumne als solche gekennzeichnet werden (unten 85 f.). Die Möglichkeit besteht aber.

Wirkt das Grundbuch für das an einem Bahnbetriebsgrundstück in ihm eingetragene Pfandrecht des ZGB? Die Frage ist zu bejahen. Es ist demnach nicht dessen Nichtigkeit anzunehmen. Denn man kann nicht Grundstücke ins Grundbuch aufnehmen und ohne ausdrücklichen gesetzlichen Anhaltspunkt das Grundbuchrecht im gleichen Augenblicke teilweise wieder ausschalten. Die Rechtssicherheit verlangt, daß z. B. die Bestimmungen über den Erwerb gutgläubiger Dritter auch hier gelten. (Mit der Rechtsstellung gutgläubiger Dritter ist es aber in anderer Beziehung nicht am besten bestellt: wird nämlich ein Betriebsgrundstück ohne Einwilligung der Bahnaufsichtsbehörde, aber nach Grundbuchrecht gültig verpfändet, so entsteht ein Pfandrecht an einer öffentlichen (unten 80 ff.) und daher meist wertlosen Sache. — Die Gefahr, ein Betriebsgrundstück zu erwerben, läuft aber auch der Käufer. Diese Erscheinung steht nicht im Widerspruch, sondern im Einklang mit dem Grundbuchrecht, indem das Grundbuch für den Eigentumsinhalt nicht maßgebend ist (unten 79).)

Es frägt sich nun, ob die mit Pfandrecht des ZGB belasteten Betriebsgrundstücke Bestandteile der Bahneinheit sein und bleiben können. Nach § 5 aBEG können Bahngrundstücke verpfändet werden, sobald die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß dadurch die Betriebsfähigkeit des Bahnunternehmens nicht beeinträchtigt werde. § 6 aBEG stellt dieselbe Bedingung auch für die Realisierung des Pfandrechtes auf. Wird die Bescheinigung versagt, so kann der Berechtigte gegen Aufgabe seines Rechtes

[1]) So auch das eidg. Grundbuchamt in VerwEntsch 1932 Nr. 76: „Über Bestand und Errichtung von Pfandrechten an Eisenbahngrundstücken ist das Eisenbahnpfandbuch maßgebend".

vom Eigentümer eine Entschädigung fordern, welche sich nach den Vorschriften über die Entschädigung für den Fall der Enteignung richtet. Nach preußischem Recht bleibt demnach ein einzel-verpfändetes Betriebsgrundstück Bestandteil der Bahneinheit. Dank dieser Regelung war es überflüssig, in § 12 aBEG die Zugehörigkeit zur Bahneinheit vom Nachweis ihrer Pfandfreiheit abhängig zu machen [1]).

Dem schweizerischen Recht fehlt eine den §§ 5, 6 aBEG entsprechende Regelung. Für uns ergibt sich für alle Betriebsgrundstücke eine Ordnung analog § 12 aBEG für den Fall, wo man solche ins Grundbuch einträgt und von dessen Wirkung keine dinglichen Rechte ausnimmt. Einzeln pfandbelastete Bahngrundstücke können nicht mehr zur Bahneinheit gehören, weil das VZEG für ihre Bestandteile keine (Sonder-)Verwertung vorsieht. Ausscheiden aus der Bahneinheit bei Pfandbelastung gemäß ZGB wahrt die auch nach Ansicht des Bundesgerichtes auf dem Gebiete des Pfandrechtes für Bahngrundstücke bestehende Sonderrechtsunfähigkeit (oben 51). Es werden damit Konflikte zwischen ZGB und VZEG unterbunden.

Allerdings stellt diese Lösung dafür, daß ein Grundstück Bestandteil der Bahneinheit sein und bleiben kann, eine im VZEG nicht ausdrücklich vorgesehene neue Voraussetzung auf: die Pfandfreiheit.

Diese Regelung scheint aber zweckmäßiger als bei den Betriebsgrundstücken hinsichtlich der Pfandrechte des ZGB die Grundbuchwirkung auszuschalten. Für eine der beiden Lösungen aber muß man sich notwendigerweise entscheiden, wenn man den Widerspruch entwirren will, entstanden dadurch, daß man Bahngrundstücke ins Grundbuch aufnimmt, dessen Rechtskraft nicht einschränkt und ihren Wirkungen nicht irgendwie Rechnung trägt.

Einen gewissen Hinweis auf diese Lösung gibt bereits BGE 5, 239 ff.: Das Bundesgericht stellt fest, daß von der Bahn gekauftes Land mit der Bezahlung des Kaufpreises in ihr Eigentum übergehe und zwar lastenfrei und fährt begründend weiter: diese Entlastung sei bei Eisenbahngrundstücken notwendig, da sie besonders verpfändet werden.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement bemerkt in VerwEntsch 1932, Nr. 75 ohne nähere Begründung: mit der

[1]) Gleicher Ansicht auch Eger.

Aufnahme der Bahngrundstücke ins allgemeine Grundbuch sind auch die eintragungsfähigen Rechtsgeschäfte, die die Bahngrundstücke oder daran bestehende private dingliche Rechte (Pfandrechte ausgenommen) betreffen, einzutragen.

Was geschieht, wenn solche Pfandrechte trotzdem eingetragen werden? Sie nehmen an der Grundbuchwirkung teil; das Grundstück kann, so lange sie bestehen, nicht mit Eisenbahnpfandrechten belastet werden, trotzdem es Betriebsgrundstück ist und der Gesetzgeber des VZEG mit Recht alle Betriebsgrundstücke vom Eisenbahnpfandrecht erfaßt haben wollte.

Das erwähnte Verbot, bei Aufnahme eines Bahnbetriebsgrundstückes ins Grundbuch an ihm bestehende Pfandrechte des ZGB nicht einzutragen, deckt sich mit der eben vertretenen Ansicht, daß nur Betriebsgrundstücke, die nicht mit Pfandrechten des ZGB belastet sind, Bestandteile der Bahneinheit sein können. Gleiches gilt für alle übrigen Verwertungsrechte. (Ob die Ansicht des Justizdepartements richtig ist, darüber unten 87 f.)

Es ist daher auch die einheitliche Praxis des Bundesgerichtes richtig, das an Eisenbahngrundstücken keine andern Verwertungsrechte zuläßt, als Eisenbahnpfandrechte, und es ist unrichtig, wenn in SJZ 10, 174 ff. ein Unterschied gemacht wird zwischen vertraglichen und gesetzlichen Pfandrechten des ZGB in dem Sinne, daß solche dieser Art als möglich erklärt werden mit der Begründung, das aVZEG regle bloß die vertragliche Verpfändung.

Beizustimmen ist demnach auch dem in BBl 1928 II 1084 publizierten Verpfändungsgesuch der Berner Alpenbahngesellschaft Bern-Lötschberg-Simplon, in dem es u. a. heißt: „Im Pfandrecht soll nicht inbegriffen werden: die im Grundbuch von Interlaken .... aufgenommene Parzelle ...., umfassend das Verwaltungsgebäude, Schopf, Güterschuppen, Plätze und Hofraum, Schiffahrtskanal und Kanalpromenade. Auf diesem Grundstück haftet ein nach Zivilrecht errichtetes Grundpfandrecht ....", und zwar selbst wenn es sich — ganz oder teilweise — um ein Betriebsgrundstück handeln sollte.

2. Die Verhältnisse bei Betriebsmobilien

Für die Betriebsmobilien stellt sich die Frage nach dem Verhältnisse der Pfandrechte gemäß ZGB und VZEG nicht:

über deren Betriebsnotwendigkeit entscheidet die Bahn grundsätzlich selbst (unten 98f.). Verpfändet die Bahn eine Betriebsmobilie nach ZGB und muß sie infolgedessen den Besitz an ihr aufgeben, verneint sie damit die Betriebsnotwendigkeit, verpfändet also eine Nichtbetriebssache.

§ 14

Speziell die besondern Verhältnisse an den Betriebsgrundstücken

1. Die Genehmigungsbedürftigkeit von rechtlichen Verfügungen an Betriebsgrundstücken

Das VZEG soll u. a. ein geeignetes Pfandobjekt schaffen, ohne dabei die Möglichkeit eines ungestörten Bahnbetriebes zu beeinträchtigen (oben 1). Zu diesem Zweck erklärt die zuständige Behörde in konstanter Praxis die Veräußerung von Bahngebiet sowie seine Belastung mit dinglichen Gebrauchsrechten als genehmigungsbedürftig in der Erwägung, daß durch solche rechtliche Verfügungen tatsächliche Verfügungsbefugnisse, die für einen ungestörten Betrieb nicht entbehrlich sind [1]), abgetreten werden und damit verloren gehen könnten. Wenn beispielsweise der Erwerber des abgetretenen Bahnhofplatzes ihn in betriebsstörender Weise mit Kartoffeln bepflanzte, müßte die Bahn zum Rückerwerb angehalten und dieser möglicherweise durch Expropriation bewerkstelligt werden. Bis dahin bestände die Gefahr einer Betriebsstörung [2]). Ihr daher lieber vorbeugen dadurch,

[1]) Dieser Ansicht ist wohl auch das eidgenössische Grundbuchamt (Verw Entsch 1932 Nr. 76): „Da die Eisenbahnunternehmung über Betriebsgrundstücke nur ein beschränktes Verfügungsrecht hat — sie darf über sie nicht verfügen in einer Weise, die den Betrieb beeinträchtigt — ....“; ferner das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (ZBGR 1936, 133 f.): die SBB dürfen die dem öffentlichen Verkehr dienenden Bahnbetriebsgrundstücke nicht veräußern.

[2]) Dank Art. 76 und 86, Abs. 2 EntG ist diese Möglichkeit heute allerdings beinahe ausgeschaltet. Nicht eliminiert aber ist die Notwendigkeit des Rückerwerbes und die Aussicht, das Enteignungsverfahren einleiten zu müssen. Das bedeutet zum mindesten einen beträchtlichen Aufwand an Zeit und Geld.

In diesem Zusammenhang die Meinungsäußerung des Eisenbahndepartementes in VerwEntsch 1929 Nr. 108: es bestritt dem Zivilrichter die Kompetenz, ein Wegrecht an einem Stationsplatz einzuräumen. Dieser gehöre zum Bahngebiet. Was Bahngebiet sei, bestimme gemäß Art. 14, 15 EG der Bundesrat als Bahnaufsichtsbehörde. Es dürfe seinem Zweck nicht entfremdet werden. Die Bahn könnte ein Notwegrecht ja auch wieder expropriieren. Über die Ausscheidung von Bahngebiet befinde auch wieder die Eisenbahnaufsichtsbehörde.

Wenn damit gesagt werden soll, daß der Zivilrichter (zusammen mit dem Grundbuch) möglicherweise gültig in die Verhältnisse des Bahngebietes eingreifen könne, unabhängig von der hier kompetenten Behörde, so wäre das eine unrichtige Ansicht.

daß man die rechtliche Verfügung über Bahngebiet nur gestattet, nachdem eine Prüfung ergeben hat, daß durch sie eine Gefährdung des Betriebes nicht zu befürchten ist. Letzten Endes soll der Staat mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln dafür sorgen, daß die Bahnen ihrer Betriebspflicht [1]), der Befriedigung des öffentlichen Interesses an einem reibungslosen Betriebe, nachkommen.

Die Genehmigung erteilt in erster Instanz das Amt für Verkehr, in zweiter der Chef des Eisenbahndepartementes und in letzter Instanz der Bundesrat.

Die Genehmigungskompetenz wird abgeleitet aus Art. 14, Abs. 2 EG, der näher ausgeführt ist in Art. 29 Vo über E'Planvorlagen. Danach kann vom behördlich genehmigten Plan über die zu erstellende Bahnanlage nur abgewichen werden, wenn die Plangenemigungsbehörde das gestattet. Diese Genehmigungspflicht erstreckt sich nach Ansicht der erwähnten Behörden auch auf Änderungen der Bahnanlage nach Beendigung des Baus. Ferner versteht sie unter Planänderung nicht nur eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse (z. B. Änderung im Bahntracé), sondern auch eine solche der rechtlichen Verfügungsmacht. Denn rechtliche Verfügungen seien eben geeignet, die tatsächlichen Verhältnisse in betriebsschädlicher Weise zu verändern.

Die Genehmigungspflicht beginnt nach Erkundigungen mit der Aufnahme eines Grundstückes in den Plan und endet, wenn es daraus entlassen wird.

In gleicher Überlegung bestimmt § 7 pEG ausdrücklich, daß eine Privatbahn Grundstücke — nach der Betriebseröffnung allerdings erst — gültig nur mit Genehmigung seitens der Regierung veräußern kann [2]).

2. Die Betriebsgrundstücke als öffentliche Sachen

Wo Bahngebiet im eidgenössischen Grundbuch oder in einer Einrichtung gemäß Art. 46 Scht-ZGB eingetragen ist (unten 84), kann es dank der Grundbuchwirkung von gutgläubigen Dritten erworben werden. Was die Plangenehmigungsbehörden verhindern möchten, ist daher trotzdem möglich. Gleiches gilt auch für das preußische Recht [3]).

[1]) Burckhardt, Studien 123 ff., insbesondere 135.
[2]) Fritsch, Handbuch 74 und bereits EE 4 (1886), 466.
[3]) Vgl. Eger 72 ff., Fuchs I 151 ff. und II, 83; Predari N 7 zu § 3 und N 8 zu § 20 GBO.

Unter dem Stichwort „öffentliche Sache" führt Fritsch Handbuch 629 den oben erwähnten § 7 pEG an [1]). Sind Bahnbetriebsgrundstücke nach schweizerischem Recht öffentliche Sachen? Eine Untersuchung über diese Frage scheint ganz und gar vom Thema dieser Arbeit abzuweichen. Und doch glaube ich, daß ihre Beantwortung zum Verständnis des VZEG beizutragen vermag. Sie erstreckt sich lediglich auf Betriebsgrundstücke von Privatbahnen; denn die der SBB sind, als zum Verwaltungsvermögen des Bundes gehörig, heute allgemein als öffentliche Sachen anerkannt [2]).

a) Der Begriff der öffentlichen Sache

Öffentliche Sachen im engern Sinne nennt die herrschende schweizerische und deutsche Auffassung übereinstimmend solche, die unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen [3]). Sie stehen im Privateigentum [4]). Nach moderner und richtiger Ansicht besteht ihr Wesen in einer Beschränkung des Eigentuminhalts im Sinne einer Beschränkung in der tatsächlichen Verfügung [5]). Dieser wird durch öffentliches Recht im Sinne von zwingendem Recht umschrieben [6]) und zwar nicht nur unmittelbar durch Gesetz (im materiellen Sinne), sondern auch mittelbar durch Verwaltungsakte, wie etwa durch Widmung bei der öffentlichen Sache [7])[8]). Der so abgegrenzte Eigentumsinhalt gilt für jedermann: für den jeweiligen Eigentümer, die beschränkt dinglich Berech-

---

[1]) Die Genehmigungsbedürftigkeit der rechtlichen Verfügungen über Betriebsgrundstücke macht diese nicht zu öffentlichen Sachen; sie gehört nicht zum Wesen der öffentlichen Sache, wie Haustein Lehre 869 behauptet. So auch ausgezeichnet Otto Mayer in Arch. f. öff. Recht 16, 79 ff.

[2]) Haab N 6 zu Art. 664 ZGB; a. M. Leemann N 8 zu Art. 664 ZGB.

[3]) Vgl. z. B. Leemann N 3 zu Art. 664 ZGB; gleich Ruck, SVR I 96. Haab N 3 zu Art. 664 ZGB übernimmt die Definition von Fleiner, Inst. 351 ff.: „Öffentliche Sachen sind solche, deren sich der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient".

[4]) Art. 664 ZGB läßt in seinem Rahmen den Kantonen zwar auch noch andere Möglichkeiten (vgl. Haab N 13 zu Art. 664 ZGB, Leemann N 12 zu Art. 664 ZGB; ZSR 39, 441; ZbJV 60, 114; a. M. z. B. ZSR 31, 207 ff.).

[5]) Ruck, SVR I 97, Biermann, Die öffentlichen Sachen, 1905, 24.

[6]) Burckhardt Organisation 28 ff., insbesondere 32 f., — Methode 179, 212; Haab N 1 zu Art. 702 ZGB.

[7]) Haab N 1, 7, 8 zu Art. 702 ZGB, Leemann 360 ff.; Ruck, Das Eigentum im schweizerischen Verwaltungsrecht, 1926, 33; Holstein 97 ff.

[8]) Die privatrechtliche Umschreibung durch Nachbarrecht (vgl. Burckhardt, Organisation 34 und Haab N 21 zu Art. 680 sowie N 1 zu Art. 702 ZGB) braucht hier nicht berücksichtigt zu werden.

tigten wie für die dinglich Nichtberechtigten. Das tatsächliche Verhalten, das den dinglich Berechtigten verboten ist, kann ein dinglich Berechtigter nicht durch rechtliche Verfügung seinen Rechtsnachfolgern gestatten; denn diesen ist es ja auch verboten. Derartige Verfügungen sind wegen ihres rechtlich unmöglichen Inhalts nichtig gemäß Art. 20 OR [1]), sofern sie nicht auf eine allfällige Entwidmung hin kontrahiert wurden. Der gute Glaube eines oder beider Kontrahenten kann folgerichtigerweise daran nichts ändern. Und in der Tat: Art. 973 ZGB (auch Art. 933 ZGB) berührt den Inhalt der dinglichen Rechte nicht [2]).

Dasselbe gilt auch für die Zwangsvollstreckung [3]).

Gleiches gilt für das deutsche Recht [4]).

Diese Grundsätze, die für die Sachen im Gemeingebrauch entwickelt worden sind, gelten in der Regel auch für das Verwaltungsvermögen, d. h. für alle öffentlichen Sachen [5]).

Sind die Bahnbetriebsgrundstücke öffentliche Sachen, so ist in ihrem Rahmen ein betriebsfähiges Sachsubstrat *lückenlos* gewährleistet, ohne daß es der oben erwähnten Verfügungsbeschränkung bedürfte. Eine Enteignung mit dem Zwecke, das Eigentum an Betriebsgrundstücken zurück zu erwerben, wäre nicht nötig; ebensowenig eine, um sie von betriebsschädlichen dinglichen Lasten zu befreien, die im Privatrechtsverkehr mit ihnen entstanden sein sollten; denn solche können eben gar nicht gültig entstehen [6]).

---

[1]) So z. B. Oser N 4 zu Art. 20 OR, Burckhardt, Organisation 33 f., — Einführung 85 f.

[2]) D. h. die (öffentlich-rechtlichen) Eigentumsbeschränkungen bestehen unabhängig vom Grundbuch (vgl. Leemann 364, Haab N 14 zu Art. 702 ZGB).

[3]) Oser N 9, 10 zu Art. 234 OR; Jaeger, 4. Ergänzungsband 77; Ruck, SVR I 97; Leemann N 42 zu Art. 796 ZGB.

[4]) Biermann a. a. O. 24 ff., Predari 189, Planck III 118; Schultzenstein, Hypothek- und Wegerecht in DJZ 16, 1523 ff.; indirekt auch Friedrichs, Verkehrsunfähige Sachen im heutigen Recht in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts NF 1, 676 ff.; ferner Stritter, Praktische Bedeutung der Theorie vom öffentlichen Eigentum im Vergleich zu der herrschenden Lehre von der Rechtsstellung der öffentlichen Sachen, Diss. Heidelberg 1934, 18 f.

[5]) Fleiner, Inst. 358; Jacobi, Die rechtliche Natur der Eisenbahnunternehmungsformen in Preußen und im Reich, Diss. Frankfurt 1930, 27 mit Verweis auf die gleichlautende herrschende Lehre.

[6]) Vgl. oben 76 Anm. 2: hätte der Zivilrichter entgegen der Bahnaufsichtsbehörde oder ohne deren Wissen das verlangte Notwegrecht bewilligt und wäre es im Grundbuch eingetragen worden, so hätte es trotzdem nicht ausgeübt werden können.

b) Die Bahnbetriebsgrundstücke sind öffentliche Sachen

Die deutsche Wissenschaft [1]) anerkennt Betriebsgrundstücke von betriebspflichtigen, dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnen, also von solchen, die unter das aBEG fallen [2]), als öffentliche Sachen; ebenso die Rechtsprechung des Reichsgerichts [3]).

Eine Sache wird nach deutschem Recht (wie auch nach schweizerischem) u. a. öffentlich dadurch, daß sie von der zuständigen Behörde als öffentliche erklärt wird und dann auch tatsächlich der Erfüllung des öffentlichen Zweckes unmittelbar dient. Das setzt bei ihr einen Zustand voraus, der dieses ihr Dienen überhaupt erlaubt.

Ein Bahngrundstück wird öffentliche Sache durch die Planfeststellung [4]) und die nachfolgende Betriebseröffnung [5]). Die Feststellung durch die zuständige Behörde gilt für jedermann [6]). Planfeststellung (oben 68 f.) in Verbindung mit der Betriebseröffnung macht die Eisenbahn zur öffentlichen Sache; die Bahn darf den Bahnkörper und die Zugehör nicht zerstören oder betriebsschädlich benutzen [7]). Aber auch der Erwerber eines

---

[1]) Otto Mayer, DVR II 51 und in Arch. f. öff. Recht 16, 79 ff.; Gierke, DPR I 20 ff., insbesondere 22; Fritsch, Eisenbahnrecht 407, insbesondere 410; Mayer, Private Wegerechte an Bahnanlagen, in der Zeitung des Vereins mitteleuropäischer Eisenbahnverwaltungen 1933, 582 ff.: nach herrschender Lehre, der sich auch das Reichsgericht anschließt, sind alle in der Bahnanlage verwendeten Grundstücke öffentliche Sachen; ebenso Schilken, Eisenbahn und Weg, 1937, 10: die dem öffentlichen Verkehre dienende Eisenbahn ist anerkanntermaßen eine öffentliche Sache, strittig ist bloß ihr Umfang; endlich Haustein, Die Träger öffentlicher Verwaltung im Eisenbahnrecht im Arch. f. öff. Recht n. F. 11 (1926) 100 ff., insbesondere 110: nach „der gesamten deutschen, insbesondere auch der preußischen Praxis, sind die Eisenbahnen zu den öffentlichen Sachen zu rechnen, wenigstens soweit die Immobilien der Bahn in Frage stehen".

[2]) § 1 aBEG.

[3]) RGZ 72 (1910), 354, bestätigt in EE 1914/1915, 368 f.

[4]) Vgl. § 4 pEG und dazu Fritsch, Handbuch 71.

[5]) Haustein, Lehre 864; Wedemeyer, Die Zwangsvollstreckung gegen Privatbahnen wegen Verwendung fremder Grundstücke zum Eisenbahnbau oder Betrieb in EE 20 (1904), 269 ff., insbesondere 273; unrichtig wohl seine Behauptung, ein Grundstück könne öffentliche Sache werden allein durch seine tatsächliche Verwendung für den Betrieb nach der Betriebseröffnung. Auch nicht durch die Betriebseröffnung allein, wie Bühler 179 behauptet.

[6]) So ausdrücklich Schilken a. a. O. 16. — Mit Recht führt das Reichsgericht die Wirksamkeit der Pläne zurück auf die Konzession als einer allgemeinen staatlichen Anordnung (vgl. Jacobi a. a. O. 36; ferner Fritsch, Eisenbahnrecht 6; Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, 70).

[7]) Bereits Endemann 384; dann auch Haustein, Lehre 864, 869; Fritsch, Eisenbahnrecht 429; Holstein 58 ff., der auch die damit übereinstimmende Praxis des Reichsgerichts zitiert.

Betriebsgrundstückes ist an den Plan gebunden [1]). M. a. W.: die Planfeststellung gilt für jeden Eigentümer und damit auch für beschränkt dinglich Berechtigte. Sie ist daher in der Tat geeignet, ein Grundstück zu einer öffentlichen Sache zu machen [2]), allerdings nur in Verbindung mit der nachfolgenden Betriebseröffnung; denn erst von diesem Augenblick weg dient es einem öffentlichen Zwecke, nämlich dem öffentlichen Verkehre.

Abweichungen vom festgestellten Plan bedürfen der Zustimmung der Planfeststellungsbehörde [3]).

Die Betriebsgrundstücke der deutschen Bahnen sind öffentliche Sachen. Sind es auch die der schweizerischen?

Die Ordnung der öffentlichen Sachen ist in beiden Rechtsordnungen dieselbe (oben 77 ff.). Der Bund ist zuständig, die fragliche Eigentumsbeschränkung anzuordnen [4]). Auch bei uns verpflichtet die Konzession u. a. zum Betrieb und dazu, gemäß den (später einzureichenden und zu genehmigenden) Plänen zu bauen [5]). Die Plangenehmigung gemäß Art. 14, Abs. 1 EG entspricht inhaltlich dem § 4 pEG (oben 80). Die amtliche Betriebseröffnung besitzen inhaltlich gleich beide Rechtsordnungen [6]). Da das schweizerische Recht im fraglichen Bereiche im wesentlichen mit dem deutschen übereinstimmt, ist der Schluß, den deutsche Wissenschaft und Rechtsprechung gezogen haben, auch für uns gerechtfertigt: die Betriebsgrundstücke der Bahnen werden durch Plangenehmigung in Verbindung mit der nachfolgenden

---

[1]) Die Stellung des Eigentümers eines Betriebsgrundstückes scheint verschieden zu sein, je nachdem ob es sich dabei um eine Bahn oder um eine andere Person handelt. Der Unterschied liegt aber nicht im Eigentum begründet, sondern darin, daß jene öffentlich Personen oder Güter befördern darf und muß, diese aber nicht.

[2]) Nach herrschender Lehre kann ein Staat, der das Eigentum garantiert, eine Sache nur öffentlich machen, d. h. ihren Eigentumsinhalt einschränken, wenn ihr Eigentümer zustimmt (vgl. z. B. Greuter, Das Recht der öffentlichen Sachen im Kanton Zürich, Diss. 1919, 19). (Allfällige beschränkt dinglich Berechtigte werden nicht begrüßt, was nicht selbstverständlich ist.) Für ihr Gebiet liegt die Zustimmung der Bahn wohl schon im Konzessionsgesuch. Fremde dingliche Rechte kann sie durch Expropriation erwerben, wenn ihr Inhaber der Beschränkung nicht zustimmt. Die Voraussetzungen einer öffentlichen Sache sind demnach auch hier erfüllbar.

[3]) Fritsch, Handbuch 72.

[4]) Haab N 5 zu Art. 702 ZGB, Leemann 362.

[5]) Burckhardt, Studien 124.

[6]) Art. 17 EG; § 22 pEG.

Betriebseröffnung öffentliche Sachen [1]). Gibt Homberger diesen Schluß inhaltlich nicht zu, wenn er in Note 21 zu Art. 944 ZGB schreibt: „Die dem Betriebe der öffentlichen Eisenbahnen dienenden Grundstücke können auch grundbuchlich nicht wie Privateigentum behandelt werden; die Betriebsgrundstücke der SBB gehören zum Verwaltungsvermögen des Bundes [2]). Die der Privatbahnen sind *zweckgebundenes* [3]) Vermögen, das *nur so weit Objekt des privatrechtlichen Verkehrs* [3]) sein könnte [4]), als *es nicht gemäß der öffentlich-rechtlichen Eisenbahngesetzgebung im Dienste des öffentlichen Verkehrs steht* [3])."?

Auch für das schweizerische Eisenbahnrecht wird gelten, was Fritsch, Eisenbahnrecht 408 für das preußische Recht sagt: es besteht „kein Rechtssatz, der mit dürren Worten die Eisenbahnen als öffentliche Sachen erklärte". Trotzdem sei das der Fall nach der geltenden Rechtsordnung, wenigstens soweit Grundeigentum der Eisenbahnen in Frage stehe.

Solange die Bahn für den Betrieb bestimmt ist, sind alle Betriebsgrundstücke, d. h. alle Grundstücke des festgestellten bzw. genehmigten Planes, öffentliche Sachen.

e) Was jeweils Betriebsgrundstück ist, entscheidet eine Behörde

Anerkanntermaßen bleibt eine Sache öffentlich bis zu ihrer Entwidmung [5]). Das ist der entgegengesetzt gleiche Verwaltungsakt wie die Widmung.

Zuständig zur Entwidmung ist allgemein die Widmungsbehörde. Wäre sie es nicht, besäße sie auch nicht die volle Zuständigkeit zur Widmung; denn es wäre noch jemand da, der zwar selbst nicht widmen, aber jede Widmung aufheben könnte.

[1]) Ohne positivrechtliche Untersuchung kommt zum gleichen Ergebnis v. Waldkirch 59 f.; vgl. auch ZSR 31, 209, 218, 223 f.

Mit Bezug auf die Definition der öffentlichen Sache von Fleiner und Haab (oben 78 N 3): nicht stichhaltig ist der Einwand, die Privatbahnunternehmung sei kein öffentlich-rechtlicher Verband, also sei in ihrem Betriebsvermögen kein Platz für öffentliche Sachen. Wenn nach positivem Recht dort öffentliche Sachen zu finden sind, ist die Definition eben zu eng. Übrigens wird die Privatbahnunternehmung von vielen als öffentliche Anstalt betrachtet (Fleiner, Inst. 341 Anm. 2, Otto Mayer, DVR II 9, 46 sowie in Arch. f. öff. Recht 16, 78; Fleiner, BStR 473; Bühler 263).

[2]) Sie sind als öffentliche Sachen anerkannt (oben 77).

[3]) Vom Verfasser der vorliegenden Arbeit hervorgehoben.

[4]) Nämlich, wenn sie ins Grundbuch aufgenommen worden wären, was in einigen Kantonen der Fall ist.

[5]) Der Fall, wo eine Sache ihren öffentlichen Charakter dadurch verliert, daß sie dienstunfähig wird, interessiert hier nicht.

Der Entwidmungswille kann durch konkludentes Handeln zum Ausdruck gebracht werden, z. B. dadurch, daß die öffentliche Straße bepflanzt wird. Ob der Staat etwas Derartiges an einem seiner Betriebsgrundstücke vornimmt oder eine Privatbahn an einem der ihrigen, ist daher nicht dasselbe. In jenem Falle wird darin eine Entwidmung liegen, das Grundstück wird privat, die Anpflanzung rechtmäßig. In diesem Falle wird es nicht privat, weil das durch Bepflanzung erfolgte tatsächliche Außerdienststellen mangels Zuständigkeit der Privatbahn nicht Entwidmung ist [1]).

Eine Behörde demnach und nicht eine Privatperson entscheidet, was Betriebsgrundstück ist und wie lange es das ist, entscheidet also, was jeweils zum Betriebe gehört [2]). Grundstücke, deren Betriebsentbehrlichkeit nachgewiesen wird, hat die Behörde aber zu entwidmen.

3. Vorteile, die sich daraus ergeben, daß man rechtliche Verfügungen über Betriebsgrundstücke trotz deren Öffentlichkeit genehmigungspflichtig läßt

Auch nach schweizerischem Recht sind die Bahnbetriebsgrundstücke öffentliche Sachen. Wie gezeigt wurde, ist ein ungestörter Betrieb auch dann möglich, wenn sie nicht alle der Bahn gehören. Da aber das Grundbuch für ihre Öffentlichkeit nicht maßgebend ist und sie ferner nicht für alle gleich weit geht (Bahnhofplatz-Geleiseträger) und für ein bestimmtes Stück Boden nicht immer ohne weiteres erkennbar ist, wird viel Streit vermieden, wenn sie möglichst vollzählig in der Hand der Bahn vereinigt bleiben bzw. jede Genehmigung (oben 76 ff.) auch gerade die entsprechende Entwidmung (oben 82 f.) enthält. (Für die besondern Verhältnisse beim Eisenbahnpfandrecht vgl. unten 87, 97.)

Die Praxis nimmt bei der Veräußerung von Betriebsgrundstücken *einen* Akt vor, die sogenannte Genehmigung. Es steht nichts im Wege anzunehmen, daß sie auch gerade die entsprechende Entwidmung enthält. Für Bahnbetriebsgrundstücke der SBB jedenfalls geht die Praxis dahin. Für das Erstellen neuer oder die Abänderung bestehender Bahnanlagen haben sie wie die Privatbahnen das Plangenehmigungsverfahren einzuschla-

[1]) So auch Haustein, Lehre 869, 875.
[2]) Vgl. Meinungsäußerung des Eisenbahndepartementes oben 79 N 6.

gen [1]). Daß die bei den SBB geltende Praxis auch bei den Privatbahnen gilt, drängt sich daher auf.

4. Die grundbuchliche Behandlung der Bahngrundstücke

a) Die Frage ihrer Aufnahme ins Grundbuch

Der Gesetzgeber des ZGB hat Eisenbahngrundstücke vom Grundbuch ausschließen wollen. Das ergibt sich aus Art. 944 Abs. 3 ZGB.

Da das von ihm vorgesehene Eisenbahngrundbuch nicht verwirklicht worden war, erhob sich die Frage, ob die Eisenbahngrundstücke ins Grundbuch aufgenommen werden dürfen. Der Rechtsverkehr mit ihnen verlangt das. Die Frage ist auch heute noch in der Wissenschaft umstritten [2]). Nach konstanter Praxis des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes können die Kantone die Aufnahme von Eisenbahngrundstücken ins Grundbuch anordnen, solange das vorbehaltene Eisenbahngrundbuch nicht eingeführt ist [3]). Ein Beispiel für eine derartige Verfügung findet sich in ZBGR 1925, 72: der Regierungsrat des Kantons Thurgau beschließt die Aufnahme. Aufgenommen haben auch die Kantone St. Gallen, Zürich und Luzern [4]). Ablehnend steht nach Erkundigungen beim eidgenössischen Grundbuchamt der Aufnahme gegenüber die welsche Schweiz.

Die Aufnahme empfiehlt sich, da sie das Eisenbahngrundstück dem Verkehr mit dinglichen Rechten zugänglich macht [5]).

b) Das Aufnahmeverfahren

Für zuständig zur Regelung des Aufnahmeverfahrens hält das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement mit Recht die Kantone [6]). Das einzuschlagende Verfahren ist skiziert im VerwEntsch 1932 Nr. 75. Es werde zweckmäßigerweise mit dem ordentlichen, der Anlage des eidgenössischen Grundbuches voran-

---

[1]) Art. 6, Ziff. 4, Lit. *a*, *b*, *c*, SBB-OrgG und ferner Art. 2, Ziff. 4, Lit. *a*, *b* und Art. 15 SBB-Org Vo in Verbindung mit Art. 25 Vo über E'Planvorlagen. — Die gleiche Regelung gilt übrigens auch für die Reichsbahn (vgl. Fritsch, Eisenbahnrecht 92 ff.).

[2]) Vgl. dafür Homberger N 23 ff. zu Art. 944 ZGB.

[3]) Verw Entsch 1932 Nr. 75.

[4]) ZBGR 1935, 277 ff.

[5]) ZBGR 1935, 277 ff. und in diesem Zusammenhang in Übereinstimmung mit Haab N 7 zu Art. 656 und N 17 zu Art. 664 ZGB: ZBGR 1936, 133 f.

[6]) VerwEntsch 1932 Nr. 76.

gehenden Bereinigungsverfahren über die dinglichen Rechte an Grundstücken verbunden [1]).

c) Die Eisenbahngrundstücke im Grundbuch

aa) *Ihre Kennzeichnung.*

Das eidgenössische Grundbuchamt empfiehlt, die (aufgenommenen) Eisenbahngrundstücke mit dem Aufdruck „Eisenbahngrundstück" sowie durch Sperren der Pfandrechtskolumne zu kennzeichnen [2]).

Wie lange kommt einem Grundstück diese Kennzeichnung zu? Nach Erkundigungen hält das eidgenössische Grundbuchamt dafür, daß ein Grundstück bereits vor der Betriebseröffnung in der erwähnten Weise zu kennzeichnen sei und gekennzeichnet bleiben solle, solange es für den Betrieb bestimmt (die Verhältnisse vor der Betriebseröffnung) oder Betriebsgrundstück sei und zudem Eisenbahnpfandrechte an ihm haften.

Vor der Betriebseröffnung ist rechtlich bedeutsam für das Grundstück eigentlich nur seine Aufnahme in den Plan. Von diesem Zeitpunkt an ist richtigerweise ein Grundstück im Grundbuch in der fraglichen Weise zu kennzeichnen. Von diesem Augenblick weg sind ja auch rechtliche Verfügungen an ihm genehmigungspflichtig (oben 77). Dagegen fällt der Aufdruck mit der Genehmigungsbedürftigkeit nur weg, sofern am fraglichen Grundstück keine Eisenbahnpfandrechte bestehen. Dieser Umstand führt uns auf

bb) *die rechtliche Bedeutung des Aufdruckes und der Sperre der Pfandrechtskolumne.*

Da Aufdruck und Sperre einem Bahngrundstück bereits vor der Betriebseröffnung und möglicherweise bis nach der Entwidmung zukommen und in der Praxis immer gemeinsam anzutreffen sind — richtigerweise, nach Ansicht des eidgenössischen Grundbuchamtes — ist es nicht so, wie zu vermuten wäre, nämlich, daß der Aufdruck Auskunft gebe über die Betriebszugehörigkeit und die Sperre darüber, daß das betreffende Grundstück nach VZEG verpfändbar oder verpfändet sei. Eine solche Regelung könnte sehr wohl vertreten werden. Allerdings ist zu sagen, daß für die Betriebszugehörigkeit, d. h. für die Frage, ob ein Grund-

[1]) VerwEntsch 1932 Nr. 76.
[2]) VerwEntsch 1932 Nr. 76.

stück in einem bestimmten Zeitpunkt öffentliche Sache sei, das Grundbuch nicht maßgebend ist [1]). Maßgebend ist es zwar auch nicht für die Verpfändbarkeit nach VZEG und für den Bestand von Eisenbahnpfandrechten; auch hier ist sein Hinweis nur deklarativ. Da aber ein zu einer Bahneinheit gehöriges Grundstück aus dieser ausscheidet, sobald ein Pfandrecht des ZGB an ihm besteht oder dem Eigentümer der Bahneinheit das Eigentum an ihm verloren geht und ein solches Ausscheiden unerwünscht ist, liegt die Bedeutung von Aufdruck und Sperre auf der Hand: solange sie bestehen, wird der Grundbuchführer Pfandrechte des ZGB und, was ebenso wichtig ist, den Eigentümerwechsel nur eintragen, wenn die zuständige Bahnbehörde zustimmt.

Die Genehmigungsbedürftigkeit beginnt für ein bestimmtes Grundstück mit seiner Aufnahme in den Plan und endet mit seiner Entlassung aus dem Plan. Für die Zeit, wo es öffentliche Sache ist (zwischen Betriebseröffnung und Entwidmung), ist die Zustimmung der Genehmigungsbehörde beachtlich, aber nur für so lange. Mit einer derartigen Entwidmung (oben 83) fällt das ehemalige Betriebsgrundstück nicht immer aus der Pfandhaft, nämlich nicht in den Fällen, wo es einer außer Dienst gestellten Linie angehört oder einem Teilstück davon (unten 119 f.). In diesen Fällen ist es gerechtfertigt, wenn das Grundstück als den Pfandrechten des ZGB verschlossen gezeichnet bleibt. Dafür genügte an sich eine gesperrte Pfandrechtskolumne. Aus dem Grundbuch sollte aber auch der Grund für diese Sperre ersichtlich sein. Zu diesem Zwecke kann man den Aufdruck „Eisenbahngrundstück" stehen lassen. Rechtlich ist gegen ein solches Vorgehen nichts einzuwenden.

Das eidgenössische Grundbuchamt gibt dem Aufdruck und der Sperre folgende Bedeutung [1]):

Sie sind ein Hinweis für den Grundbuchführer wie für den Privaten darauf, daß die davon betroffenen Grundstücke öffentlich-rechtlichen Beschränkungen gemäß Spezialgesetzen unterliegen und für den Verkehr mit ihnen nicht nur die privatrechtlichen Regeln gelten. — Das ist im Rahmen der Ausführungen oben 85 f. richtig.

Unrichtig dagegen ist die Ansicht, daß die beiden Maßnahmen ein Grundstück *präsumptiv* zu einem Betriebsgrundstück

[1]) VerwEntsch 1932 Nr. 76.
[2]) VerwEntsch 1932 Nr. 76.

machen, sofern damit eine Beweisvermutung im Sinne von Art. 9 ZGB behauptet wird. Praktisch wird es so sein, daß, wer die Unrichtigkeit des Grundbuches behauptet, diese nachweisen muß. Die zuständigen Bahnbehörden haben die verlangte Auskunft ohne weiteres zu geben, da sie, wie der Grundbuchführer, hier wohl von Amtes wegen für die Richtigkeit des Grundbuches besorgt sein müssen.

Mit Recht hebt das eidgenössische Grundbuchamt ferner hervor, daß der Grundbuchführer die materielle Frage, ob und inwieweit ein Grundstück zum Betrieb gehöre, nicht zu prüfen habe; vielmehr solle er bei Verfügungen über die als „Eisenbahngrundstück" bezeichnete Liegenschaft einen Ausweis darüber verlangen, daß kein Hindernis eisenbahnrechtlicher Natur bestehe. Das gelte auch für den Fall, wo ein solches oder ein Teil davon als Nichtbetriebsgrundstück ausgeschieden werde. Es schwächt dann aber seinen Standpunkt unrichtigerweise ab, wenn es schreibt, der Grundbuchverwalter könne *im Zweifelsfalle* von der zuständigen Bundesbahnverwaltung bzw. bei Privatbahnen von der Bahnaufsichtsbehörde eine Erklärung mit dem erwähnten Inhalte verlangen und bei Verfügungen von geringerer Bedeutung die Verfügungsbefugnis voraussetzen. — Der Grundbuchführer darf in keinem Falle ohne Genehmigung seitens der zuständigen Bahnbehörde einen Eintrag der in Frage stehenden Art vornehmen, schon weil er nicht beurteilen kann, was betriebstechnisch wesentlich ist oder nicht, und das gerade steht in Frage.

Soll ein Betriebsgrundstück in ein nach ZGB verpfändbares Nichtbetriebsgrundstück umgewandelt werden, so hat der Grundbuchführer den Entscheid über die erfolgte Entwidmung sowie einen Entscheid über die Entlassung aus der Bahneinheit zu verlangen. Näheres unten 97.

Wird ein Teil eines Betriebsgrundstückes von den zuständigen Behörden als betriebsentbehrlich bezeichnet, so ist dieser Teil zu vermessen und ihm ein eigenes Grundbuchblatt zu eröffnen [1]).

cc) Der Eintrag der an Eisenbahngrundstücken bestehenden dinglichen Rechte.

Das Eisenbahngrundstück wird aufgenommen mit allen dinglichen Rechten, die an ihm bestehen, ausgenommen den

[1]) ZBGR 1935, 277 f.

Pfandrechten des ZGB [1]). — Was damit gesagt werden soll, ist nicht recht klar. Jedenfalls können bestehende gemeine Pfandrechte nicht einfach beseitigt werden, um die Aufnahme bzw. Aufdruck und Sperre zu ermöglichen.

Richtig wäre m. E. folgendes Verfahren:

Das Grundstück wird aufgenommen samt Pfandrecht und trotzdem mit Aufdruck und Sperre versehen. Die Sperre ließe das eingetragene Pfandrecht bestehen, würde aber verhindern, daß neue Pfandrechte des ZGB entstehen könnten. Mit der Ablösung des eingetragenen Pfandrechtes fiele das Grundstück eo ipso in eine Bahneinheit, sofern es die dazu nötigen übrigen Voraussetzungen erfüllte.

§ 15

Insbesondere die Verpfändung von Straßenbahnen

1. Die Praxis der Verpfändungsbehörden

Die erste Verpfändung einer Straßenbahn fällt ins Jahr 1887. Zu Pfand gegeben wurde dabei laut Verpfändungsgesuch [2]) die Bahn mit folgender Einschränkung: „Soweit die Bahn auf der Straße angelegt ist, ergreift das Pfandrecht außer den Oberbaueinrichtungen lediglich das Recht zur Benutzung der Straße für die Bahnanlage nach Maßgabe der kantonalen Pflichtenhefte". Diese Formel ist bis 1902 [3]) fast jährlich anzutreffen. Im Jahre 1902 wird sie abgelöst durch die Wendungen: „Soweit die Bahn auf öffentliche Straßen zu liegen kommt, soll das Pfandrecht nur den Oberbau ohne den öffentlichen Grund ergreifen, sowie das Recht, nach Maßgabe der kantonalen Konzession die Bahn zu bauen und zu betreiben" [4]) und „Soweit die Bahn auf öffentlichen Straßen angelegt ist, ergreift das Pfandrecht jeweils nur den Oberbau und die elektrischen Leitungen, dagegen nicht den Straßengrund" [5]). Die zweite Formel ist identisch mit der ursprünglichen. Sie verschwindet im Jahre 1928 [6]). Die dritte

[1]) VerwEntsch 1932 Nr. 75; vgl. oben 74 f.
[2]) BBl 1887 III 735.
[3]) BBl 1902 III 198.
[4]) Erstmals in BBl 1902 IV 646.
[5]) Erstmals in BBl 1902 III 507.
[6]) Zuletzt in BBl 1928 II 364.

Wendung vermeidet, von einer Verpfändung der kantonalen Straßenkonzession zu sprechen. Sie wird seit 1928 ausschließlich angewandt [1]).

2. Die Verpfändung der kantonalen Straßenkonzession

Wege kraft öffentlichen Rechtes dem öffentlichen Verkehre, dem Gemeingebrauch zu widmen, ist Sache der Kantone als Inhaber der Straßenhoheit [2]). Das Bett einer öffentlichen Straße zum Bau und Betrieb einer Bahn benutzen, heißt den Gemeingebrauch an ihm einschränken [3]). Das ist logischerweise nur durch öffentliches Recht möglich [4]). Das Recht, diese Sondernutzung an der Straße zu verleihen, kommt richtigerweise dem Kanton in seiner Eigenschaft als Inhaber der Straßenhoheit zu und zwar unbeschränkt [5]). Das Gemeinwesen soll es nur gewähren zur Wahrung öffentlicher Interessen, nämlich, wenn es findet, daß ein Bahnbetrieb die Einschränkung des Gemeingebrauches mindestens wettmache. Wenn die Interessen der Allgemeinheit Änderung oder Widerruf verlangen, soll es sie ändern oder widerrufen [6]). Soll daher auf einer öffentlichen Straße die Ausübung des Eisenbahntransportgewerbes ermöglicht werden, wird es die Straßenkonzession nur erteilen und belassen unter der Voraussetzung, daß der Konzessionär auch die Eisenbahnkonzession erhalte und behalte. Der Inhaber der Straßenkonzession wird diese nicht frei übertragen können (vielleicht aber einen aus ihr möglicherweise erworbenen Entschädigungsanspruch). Vielmehr wird sich der Konzedent vorbehalten, den Sondernutzungs-

---

[1]) z. B. in BBl 1936 II 364.

[2]) Burckhardt, Ko 192; Derron, Die Kompetenzen von Bund und Kantonen im Straßenwesen, Diss. Bern 1934, insbesondere 45 ff.

[3]) So z. B. auch Haenni 71, Derron a. a. O. 41; Stritter, Praktische Bedeutung der Theorie vom öffentlichen Eigentum im Vergleich zu der herrschenden Lehre von der Rechtstellung der öffentlichen Sachen, Diss. Heidelberg 1934, 25; hier wird auf die deutsche Rechtsprechung verwiesen; RGZ 92 (1918), 311 ff.

[4]) Und nicht gestützt auf einen privatrechtlichen Titel (z. B. das Eigentum), wie Haenni 79 behauptet. (Für die Begründung oben 78 f.)

[5]) Wesentlich nur ein Recht im Gegensatz zur Verleihung eines öffentlichen Unternehmens, behauptet Angermann, das Recht der echten Konzessionen, Diss. Erlangen 1932, 24 ff. — Richtig ist, daß es zufällige Bedingungen der Straßenkonzession sind (nicht Auflagen, wie Angermann a. a. O. 27 annimmt; vgl. über den Unterschied zwischen Auflage und Bedingung bei der Konzession von Mangold, Nebenbestimmungen bei den rechtsgewährenden Verwaltungsakten im Verwaltungsarchiv 37, 101 ff.), wenn die Bahn darin regelmäßig zu einem Entgelt verpflichtet wird, z. B. zu vermehrten Fahrleistungen.

[6]) Möglicher- und richtigerweise gegen Entschädigung (vgl. Burckhardt, Organisation 103 ff.).

berechtigten zu bestimmen. Dazu ist er ja zweifellos auch kompetent. Daß er darin durch die Bahnkonzession eingeschränkt werde [1]), ist nicht anzunehmen. Nicht der Konzessionär, sondern der Konzedent befindet demzufolge über die Übertragung der Straßenkonzession.

Ändern daran die zahlreichen bereits erfolgten Verpfändungen von kantonalen Straßenkonzessionen etwas? Ist die Stellung des verleihenden Gemeinwesens verschieden, je nachdem die Straßenkonzession verpfändet ist oder nicht? Verliert es durch die Verpfändung die Freiheit, den Konzessionär zu bestimmen? Bejahendenfalls wäre der Kanton nicht mehr völlig souverän, über die Straßenkonzession zu befinden. Das aVZEG/VZEG könnte die Kantone — allerdings unter Verletzung der Bundesverfassung — in dieser Kompetenz beschränken, tut es aber im Hinblick auf seinen Inhalt und Zweck nicht. Richtigerweise haben also die Verpfändungsbehörden die Verpfändung der Straßenbahnkonzession abzulehnen, wie das seit 1928 in der Tat auch geschieht (oben 88). Gegen Verpfändungen von Straßenbahnkonzessionen durch die Verpfändungsbehörden könnte der verleihende Kanton einen Kompetenzkonflikt gemäß Art. 113, Abs. 1, Ziff. 1 BV anhängig machen, und zwar mit Aussicht auf Erfolg. Er kann es aber auch ohne weiteres ruhig wagen, über die Straßenkonzession zu verfügen, wie wenn sie nicht verpfändet wäre: der Bund wird nicht einschreiten; denn er beabsichtigte gar nicht, den Kanton auf dem fraglichen Gebiete einzuschränken.

Schlägt das Bundesgericht bei der Zwangsliquidation der Bahn eine Straßenkonzession zu, wird es nur unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt der gewahrten Kompetenzen des Kantons geschehen.

3. Die Verpfändung der öffentlichen Straße

Der öffentliche Straßengrund nimmt keine andere Stellung ein als alle andern Betriebsgrundstücke: er wie sie sind öffentliche Sachen (oben 80 ff.); wie sie gehört er nur zur Bahneinheit, wenn und so lange er der Bahn gehört. (Er steht allerdings regelmäßig nicht in ihrem Eigentum.) Ihn im Verpfändungsgesuch ausdrücklich auszunehmen, ist daher rechtlich überflüssig.

[1]) Über das Verhältnis zwischen der Konzession des Bundes und der des Kantons vgl. Burckhardt Ko 192.

In den oben 88 erwähnten Verpfändungspublikationen wird bald der Oberbau verpfändet, bald kommen auch noch die elektrischen Fahrleitungen dazu.

Wie beim öffentlichen Straßengrund gilt auch hier die allgemeine Regel: sind Oberbau und Fahrleitungen betriebsnotwendig und gehören sie der Bahn, so sind sie Bestandteile der Bahneinheit. Die sich auf diese Bestandteile beziehende Klausel in den Verpfändungsgesuchen und Publikationen hat auch hier höchstens informatorische Bedeutung. Beizufügen ist nämlich, daß die Bahn ihr allfälliges Eigentum am Oberbau und den elektrischen Fahrleitungen nicht etwa dadurch verliert, daß sie in nicht ihr gehörige Straßen eingebaut werden [1]).

3. Abschnitt

Der Bestand der Bahneinheit

§ 16

Die Entstehung und Verpfändbarkeit der Bahneinheit

Der Bestand der Bahneinheit ist zu unterscheiden von dem des Pfandrechtes. Dieser setzt jene voraus, aber nicht umgekehrt, indem auch unverpfändete Bahneinheiten denkbar sind.

Die Bahneinheit muß spätestens mit der Bestellung eines Pfandrechtes entstehen.

Wann ist sie verpfändbar?

Mit Recht wird aus Art. 3 aVZEG/VZEG allgemein [2]) geschlossen, daß Pfandrechte schon vor der Vollendung, also

[1]) Vgl. einen Entscheid des bernischen Appellationshofes von 1931 (wiedergegeben in SJZ 29, 364): das Gericht entschied mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung (Leemann N 25, Wieland N 4 zu Art. 675 ZGB, Fleiner, Inst. 381 und BGE 56 III Nr. 17), daß die Straßenbahn rechtlich als bewegliche Sache zu betrachten sei und daher im Eigentum der Bahngesellschaft bleibe, soweit ihre Anlage öffentlichen Boden in Anspruch nehme. Für das deutsche Recht vgl. Biermann, superficies solo cedit in Jherings Jahrbüchern NF 22 (1895), 169 ff.; Kittel, Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmens zum Staat und zu Gemeinden nach deutschem Verwaltungsrecht in EE 23 (1907) 191 ff., insbesondere 193.

[2]) Meili 41 ff., Secrétan 34 ff., Vollenweider 39 ff., Pfenninger 53.

auch vor der Betriebseröffnung der Bahn, errichtet werden können. Das ist auch der Standpunkt der Verpfändungsbehörden. Nicht einig ist man sich über den Zeitpunkt, von dem weg verpfändet werden kann. Im Interesse des Bahnkredites wie der Öffentlichkeit hatte nach der frühern Praxis des Bundesrates die Bahnunternehmung vorerst ihre Lebensfähigkeit nachzuweisen, etwa durch Förderung der Bauarbeiten [1]); ob sie vorliege, bestimme sein freies Ermessen. Nach Meili [2]) soll erst verpfändet werden können, wenn die Bahn vor ihrer Vollendung steht; angesichts von Art. 11 aVZEG (jetzt Art. 12 VZEG) jedenfalls nicht, bevor die Pläne genehmigt seien und die Katasterpläne aufliegen. Gleicher Ansicht ist auch Vollenweider [2]).

Nach Erkundigungen geht die Praxis der Verpfändungsbehörden dahin, daß sie die Verpfändung grundsätzlich bewilligen, sobald der Finanzausweis erbracht ist. Das ist erst möglich, nachdem die Pläne genehmigt sind, da diese die Grundlage bilden zur Berechnung des Finanzbedarfes.

Es ist aber durchaus nicht gesagt, daß die Entstehung und die Verpfändbarkeit der Bahneinheit zusammenfallen müssen. Immerhin ist die Frage berechtigt, ob eine unverpfändbare Bahneinheit einen Sinn habe. Zur Beantwortung dieser Frage muß man sich vergegenwärtigen, daß Grundstücke, an denen Pfandrechte des ZGB bestehen, nicht Bestandteil einer Bahneinheit sein können (oben 72 ff.). Läßt man diese erst mit der Pfandbestellung oder der Verpfändbarkeit entstehen, so müßte bis dahin die Bahn Betriebssachen nach ZGB verpfänden können und entzöge sie damit der zukünftigen Bahneinheit. Die Bahn hätte es m. a. W. in der Hand, deren Zusammensetzung zu beeinflussen und hinsichtlich der einzelnen Betriebssache das Recht, zwischen einer Verpfändung nach ZGB und VZEG zu wählen. Das ist eine Rechtslage, die dem VZEG kaum entspricht.

Grundstücke gehören zur Bahneinheit, sobald sie im Plan aufgenommen sind.

Wie verhält es sich mit den Mobilien? Es ist denkbar, daß die Bahn schon vor der Plangenehmigung Betriebsmaterial besitzt. Solange die Betriebseröffnung nicht stattgefunden hat oder nicht ein Eisenbahnpfandrecht bewilligt worden ist, wird

[1]) BBl 1875 II 481, 1876 II 524, 1877 II 183, zitiert in Meili 42 f.; neuer BBl 1901 IV 830: Verpfändung der im Bau begriffenen Sonnenbergbahn in Luzern.
[2]) Meili 41 ff., Secrétan 34 ff., Vollenweider 39 ff., Pfenninger 53.

die Bahn es nicht nur nach ZGB verpfänden können, sondern auch dürfen. Jedenfalls zieht eine Verpfändung nach ZGB vor der Betriebseröffnung keine Sanktion nach sich [1]).

Pfenninger 53 läßt die Bahneinheit erst mit der Betriebseröffnung entstehen, weil vorher noch nichts oder nur wenig da sei, was zur Bahneinheit gehöre, sie also keine Realsicherheit biete. Eine Verpfändung sei aber schon vor der Betriebseröffnung möglich. Es handle sich dabei um die Verpfändung einer künftigen Sache. — Die Ansicht Pfenningers dürfte kaum richtig sein.

Nach preußischem Recht fallen Entstehung und Verpfändbarkeit der Bahneinheit immer zusammen. Entstehen kann sie bereits mit der Konzessionierung [2]).

§ 17

Der Untergang der Bahneinheit

Geht dem Pfandeigentümer das Eigentum an einer Betriebssache verloren oder wird eine solche betriebsüberflüssig, so ist die betreffende Sache nicht mehr Bestandteil der Bahneinheit. Sie haftet den Pfandgläubigern nicht mehr, wie sich aus der Regelung der Einsprachegründe in Art. 11 VZEG schließen läßt. Die Bahneinheit aber bleibt bestehen.

Wie verhält es sich, wenn die Bahnanlage, die die Bahneinheit bildet, endgültig dem öffentlichen Bahnbetrieb entzogen, endgültig außer Dienst gestellt wird?

Ein solches Außerdienststellen tritt ein im Zusammenhang mit dem Untergang der Konzession in dem Sinne, daß diese nicht nur für die Person des bisherigen Konzessionärs untergeht, sondern nicht mehr erneuert wird. Hierher gehört auch der Fall, wo das Bundesgericht als „andere sachgemäße Verfügung" im Sinne von Art. 34 VZEG die Steigerung auf Abbruch verfügt. Eine solche wurde z. B. seinerzeit angeordnet bei der Rigi-Bahn [3]). Nach Ansicht des Eisenbahndepartementes wie des Bundes-

[1]) Hat eine Bahn vor der Betriebseröffnung bzw. vor der Kollaudation ihr Betriebsmaterial in einem Ausmaße nach ZGB verpfändet, daß durch die Verwertung dieser Pfandrechte der Betrieb gefährdet würde, steht es den Bahnbehörden frei, die Kollaudation und damit die Betriebseröffnung zu verweigern.

[2]) § 3 aBEG und dazu Eger 24.

[3]) BBl 1879 II 398; ein weiteres Beispiel ist die Liquidation der Nyon-Cressier-Bahn (vgl. Pfenninger 55).

gerichtes ist zu dieser Maßnahme die Zustimmung der Konzessionsbehörde, der Bundesversammlung, nicht notwendig [1]).

Da das endgültige Außerdienststellen einer Bahnanlage die Betriebssachen ihrer Betriebszugehörigkeit entblößt und zudem auch das Entstehen von Betriebssachen verhindert, zieht es notwendigerweise den Untergang der Bahneinheit nach sich. Diese fällt in ihre Bestandteile auseinander.

Es bieten sich keine Schwierigkeiten, wenn die Bahneinheit bei ihrem Untergang nicht pfandbelastet ist. Wie aber, wenn in diesem Augenblicke Pfandrechte an ihr bestehen?

Ganz allgemein braucht der Verlust der Bestandteilseigenschaft nicht zwingend die Entlassung aus der Pfandhaft mit sich zu bringen; daß Bestandteile weiter haften, nachdem sie (selbständige) Sachen geworden sind, ist nichts Außergewöhnliches [2]).

Was folgt aus einem derartigen Zerfallen der Bahneinheit und Weiterhaften ihrer Bestandteile?

Der Bestand der haftenden Sachen wird fixiert. Sie können einzeln oder in Gesamtausgeboten verwertet werden. Damit ist die Möglichkeit gegeben, den größtmöglichen Erlös aus ihnen zu ziehen. Dieser Gesichtspunkt, der die Interessen der Pfandgläubiger berücksichtigt, ist der allein maßgebliche geworden, nachdem die Forderung nach Gewährleistung eines ungestörten Bahnbetriebes weggefallen ist.

Das VZEG sieht ein derartiges Auseinanderfallen und Weiterhaften der Bahneinheit nicht vor. Da es diese aber überhaupt nur sehr lückenhaft regelt und es die fragliche Lösung auch nicht ausschließt, steht nichts im Wege, sie für das VZEG gelten zu lassen. Daß für die Zwangsliquidation einer derart zerfallenden Bahneinheit das VZEG anwendbar bleiben muß und nicht plötzlich das SchKG gilt (z. B. in bezug auf die Kollokation der Gläubiger), bedarf keiner weitern Begründung. Es gilt somit auch Art. 17, Abs. 1 VZEG, der die Pfandgläubiger verhindert, einzeln vorzugehen.

Die Regelung des deutschen Rechtes ist praktisch dieselbe. Nach § 3 aBEG geht die Bahneinheit mit dem Erlöschen der

[1]) BGE 47 III 158 ff.

[2]) Planck III 1042 (zu § 1120 BGB): „Nach dem Grundsatze, daß im Falle der körperlichen Teilung einer Sache die an dieser begründeten dinglichen Rechte fortbestehen, versteht sich die Fortdauer der Haftung der Bestandteile nach ihrer Trennung von dem Grundstücke von selbst". Für die Mobilien gleich Planck III 1442. Für das schweizerische Grundpfandrecht vgl. BGE 50 II 345 ff. (Haab N 30 zu ZGB 642.)

Betriebsgenehmigung unter. Ihr Untergang läßt aber die an ihr bestehenden Pfandrechte erlöschen, die Bestandteile, in die sie zerfällt, sind nicht mehr pfandverhaftet [1]). Die Interessen der Bahnpfandgläubiger werden gewahrt durch die Bestimmung, daß das Erlöschen der Betriebsgenehmigung bei einer verpfändeten Bahneinheit nicht deren Untergang herbeiführe, sondern diese nur in ihrem Bestande fixiere [2]); denn der Grund, den Bestand der Bahneinheit wechseln zu lassen, nämlich das Interesse an einem ungestörten Bahnbetrieb, sei weggefallen. Die Pfandsache geht erst mit der Schließung des Bahngrundbuch-Blattes unter. Bis dahin haben die Pfandgläubiger Gelegenheit, ihre Pfandrechte zu realisieren. Die Pfandsache wird gemäß §§ 54, 56 aBEG nicht als Einheit verwertet, sondern bestandteilsweise [3]).

§ 18

Der Wechsel in den Bestandteilen

1. Vor der Zwangsliquidation

a) Grundsätzliches

Wir kennen die Voraussetzungen, die ein Gegenstand aufweisen muß, um Bestandteil der Bahneinheit zu sein. Wer entscheidet über die Zugehörigkeit des einzelnen Gegenstandes?

Entschieden wird die Betriebszugehörigkeit eines Grundstückes durch die Bahnaufsichtsbehörde (oben 76 f.; 82); die von beweglichen Sachen durch die Bahn selbst, außer für solche, die im publizierten Verpfändungsgesuch — gesetzwidrigerweise — besonders verpfändet werden (oben 28 f.); der Bestand der dinglichen Rechte gemäß ZGB durch die zivile Gerichtsbarkeit; die Ausdehnung des Netzes durch die Konzessionsbehörde (das Detail durch die Plangenehmigungsbehörde); seine allfällige Aufteilung in Linien durch die Verpfändungsbehörde.

Für den Entscheid über den Umfang des Pfandobjektes sind diese Merkmale als Vorfragen zu prüfen. Dafür sind anerkanntermaßen auch Behörden zuständig, die es zum Entscheid nicht sind. Liegt über eine Vorfrage bereits ein Entscheid durch

[1]) Vgl. § 3 aBEG und dazu Eger 680.
[2]) Eger 34, 582.
[3]) Ausnahme: § 55 aBEG: wenn während der bestandteilsweisen Verwertung der Weiterbetrieb der Bahn angeordnet wird.

die zuständige Behörde vor, so sollen andere Behörden ihn ihrem Entscheid rebus sic stantibus unverändert zugrunde legen. Ist sie noch nicht entschieden, dann ist der eigene Entscheid wenn möglich auszusetzen, bis sie entschieden ist.

Über die Zugehörigkeit zur Bahneinheit entscheidet die Verpfändungsbehörde. Praktisch handelt es sich regelmäßig um den Entscheid über die Anfrage seitens einer Bahn, ob sie ein bestimmtes Stück Boden zur Verpfändung nach ZGB oder zur Veräußerung (als Nichtbetriebsgrundstück) freibekommen könne. Solche Entscheide sind zeitlich möglich von der Entstehung der Bahneinheit, also von der Plangenehmigung an und nicht erst, wenn ein Eisenbahnpfandrecht bestellt ist. Sucht die Bahn um die Bewilligung eines Pfandrechtes nach und verlangt dabei die eisenbahnrechtliche Verpfändung von Nichtbetriebssachen und beharrt sie darauf, so hat die Verpfändungsbehörde das Gesuch in dieser Richtung nicht unverändert zu veröffentlichen, sondern die Publikation zu verweigern. Denn von der Bestellung eines Eisenbahnpfandrechtes an wird nicht plötzlich das Bundesgericht an Stelle der Verpfändungsbehörden entscheiden können, was für Sachen zur Bahneinheit gehören. Ist aber das Bundesgericht hier nicht zuständig, sondern wie bisher die Verpfändungsbehörde, so hat diese eben durch Verweigerung der Publikation selbst einen Entscheid zu treffen und nicht das Einspracheverfahren einzuleiten und ihn so dem Bundesgericht zuzuschieben (oben 28 f.).

Sollte die Zugehörigkeit einer Sache zur Bahneinheit einmal strittig sein, weil nicht feststeht, ob sie der Bahn gehöre oder ob sie pfandfrei sei, so hätte die Verpfändungsbehörde auf die Rechtslage abzustellen, die ihr das Zivilrecht darbietet (Urteil, Grundbuch usw.).

Die Verpfändungsbehörde und nicht das Bundesgericht bestimmt zweifellos auch, was als Netz und Linie gilt. Andernfalls ständen sie möglicherweise, d. h. wenn es nicht zur Einsprache und zum Entscheid des Bundesgerichtes käme, bis zur Liquidation nicht fest, trotzdem sie im Pfandbuch (unten 141) und auf den Pfandobligationen (unten 135) angegeben sind.

Was gilt, wenn die Verpfändungsbehörde von der Bahneinheit zu Unrecht ausnimmt, was nach Gesetz zu ihr gehört, wie etwa das Betriebsmaterial [1]), den Bahnkörper (abgesehen von den

[1]) BBl 1875 II 120, 919; 1876 I 155; 1899 IV 541.

Straßenbahnverpfändungen)[1]), Betriebsgrundstücke wie zur Bahn gehörige Kraftstationen oder ein Maschinenhaus[2])? Oder zu Unrecht zur Bahneinheit schlägt, was nach Gesetz nicht ihr Bestandteil sein kann, z. B. Rechte[3]), Nichtbetriebsgrundstücke? Die Zuständigkeit der Verpfändungsbehörde bewirkt die Gültigkeit eines gesetzwidrigen Entscheides, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind und insbesondere das Verpfändungsverfahren im wesentlichen eingehalten worden ist.

b) Insbesondere die Betriebsgrundstücke

Was jeweils Betriebsgrundstück ist, entscheidet, wie erinnerlich, die Plangenehmigungsbehörde, was jeweils zur Bahneinheit gehört, die Verpfändungsbehörde. Für Betriebsgrundstücke ergeben sich bei den ersten Instanzen gewisse Schwierigkeiten, da die diesbezüglichen Kompetenzen bei zwei verschiedenen Behörden liegen (oben 77, 95 f.).

Rechtliche Verfügungen werden von der Praxis als Planänderungen angesehen (oben 75 f.). Zuständig zu ihrer Genehmigung ist daher erstinstanzlich das Amt für Verkehr. Über Entlassungen aus der Bahneinheit entscheidet in erster Instanz die Rechtsabteilung des Eisenbahndepartementes. Entläßt sie ein Grundstück aus der Pfandhaft, kann es nach ZGB verpfändet werden, bleibt aber eine öffentliche Sache. Entläßt das Amt für Verkehr ein Grundstück aus dem Plan, verliert es seine Eigenschaft als öffentliche Sache, gehört aber weiterhin zur Bahneinheit. Soll also ein Betriebsgrundstück zugleich entwidmet und den Pfandrechten des ZGB zugänglich gemacht werden — und das ist regelmäßig der Wunsch der Bahn und der Wille der Behörden —, so ist erstinstanzlich richtigerweise ein Entscheid des Amts für Verkehr wie der Rechtsabteilung nötig.

Einen Entscheid fällt aber regelmäßig nur eine der fraglichen Behörden. Daher ist es oft begreiflich, daß sie sich nicht darüber einig sind, wer eigentlich zu diesem Entscheid zuständig sei.

[1]) BBl 1896 IV 48: nur die Kraftstation; 1906 II 954: nur die Transformatorenstation und die Reservekraftanlage.

[2]) BBl 1889 IV 61; 1892 IV 879; 1895 II 934; 1898 I 167, 454; 1899 I 890; 1902 IV 664; 1905 IV 577, 841; 1911 IV 279: der zu erstellende Güterschuppen sowie seine Zufahrtsgeleise werden von der Verpfändung ausgenommen. Der Grund, daß diese Betriebsgrundstücke nicht verpfändet wurden, ist möglicherweise darin zu suchen, daß sie nicht mit dem Bahnkörper zusammenhängen; er ist aber nicht stichhaltig (oben 64 ff.).

[3]) BBl 1875 II 119; 1878 II 726.

Man wird annehmen können, daß, wenn eine der beiden Behörden einen Entscheid trifft, darin das stillschweigende Einverständnis der andern Behörde liege, also ein gleichlautender Entscheid für ihren Bereich. Die beiden Behörden nehmen ja regelmäßig Fühlung, sollten wenigstens stets Fühlung nehmen und sich einigen im Hinblick auf die eben geschilderten Verhältnisse.

Es kann nicht verschwiegen werden, daß ein derartiger Zustand keineswegs ideal ist. Seine Ursachen liegen wie gesagt darin, daß ein Sachgebiet, das bei den obern Instanzen ungeteilt bei den gleichen Behörden liegt, in der ersten Instanz, ohne zwingende Notwendigkeit anscheinend, zwischen zwei Behörden aufgeteilt wurde und zwar nicht in sehr zweckmäßiger Weise. Es frägt sich allerdings, ob die ineinander greifenden Fragen nicht in jeder Instanz von derselben Behörde beantwortet werden sollten, ob die innige Verflechtung der in Frage stehenden Probleme nicht überhaupt jeder Aufteilung entgegenstehe. Diese Frage ist zu bejahen. Es bleibt nun noch zu beantworten, ob das Amt für Verkehr oder die Rechtsabteilung des eidgenössischen Eisenbahndepartementes in Pfandrechtsangelegenheiten zuständig bleiben bzw. werden soll. Es ist offensichtlich, daß das einheitliche, in sich geschlossene und nicht sehr weitläufige Gebiet des Eisenbahnpfandrechts, dessen Betreuung nur einen kleinen Beamtenstab beansprucht, ohne größere Schwierigkeiten aus der Zuständigkeit der Rechtsabteilung herausgebrochen werden kann, daß der entsprechende Weg beim Amt für Verkehr dagegen kaum gangbar sein dürfte. Die Abtrennung der eisenbahnpfandrechtlichen Angelegenheiten von der Rechtsabteilung und deren Angliederung an das Amt für Verkehr scheint insbesondere noch dadurch erleichtert zu werden, daß das Amt für Verkehr bereits einen eigenen Rechtsdienst aufgebaut hat und es sich nur noch darum handeln wird, diesen auszugestalten.

c) Insbesondere die Betriebsmobilien

Für die einzelne Betriebsmobilie besteht eine Verfügungsbeschränkung analog der bei Betriebsgrundstücken anzutreffenden weder im preußischen noch im schweizerischen Recht. Die Verhältnisse liegen bei den Betriebsmobilien auch etwas anders: die einzelne Sache ist ersetzungsbedürftig und ersetzbar; zwei gleichgelegene Grundstücke dagegen gibt es nicht. Wegen der Eigenart der Mobilien ist ihr Verkehrswert und damit die Gefahr

einer rechtlichen Verfügung, die über den Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hinausgeht, verhältnismäßig klein. Die der Bahn obliegende Betriebspflicht sorgt für Ersatz des außer Dienst gestellten Betriebsmaterials.

Da die Bahn selbst richtigerweise und daher regelmäßig bestimmt, ob eine bewegliche Sache zur Bahneinheit gehöre oder nicht und das schweizerische wie das preußische Recht hier weder Planfeststellung bzw. -genehmigung noch Verfügungsbeschränkung kennt, kann die Frage, ob die bewegliche Betriebssache eine öffentliche Sache sei, offengelassen werden. Wäre die Frage zu bejahen, so müßte man annehmen, daß die Bahn mit der Verfügung über sie auch gerade die entsprechende Entwidmung vornähme [1]). Daß ein Privater hoheitliche Befugnisse ausübt, ist ja nichts Unmögliches.

2. In der Zwangsliquidation

a) Findet ein Wechsel überhaupt statt?

„Das Pfandrecht ist auf den Bestand beschränkt, wie er zur Zeit der Liquidation vorhanden ist", bestimmt Art. 11, Abs. 1 VZEG.

Wie im gemeinen Schuldbetreibungsrecht wird die Masse durch das Liquidationserkenntnis bestimmt. Fixiert es auch die Zusammensetzung der Bahneinheit?

Während der Liquidation, die regelmäßig Monate, ja selbst Jahre dauert, hat der Masseverwalter nach Art. 22, Abs. 1 VZEG (entspricht Art. 20, Abs. 1 aVZEG) zu sorgen, daß der Bahnbetrieb aufrecht erhalten wird. Betriebsnotwendiges ist anzuschaffen. Manches wird betriebsentbehrlich. Zur Bahneinheit gehören aber nur betriebsnotwendige Sachen. Da ihr Bestand in der Zeit, die zwischen dem Erlaß des Liquidationserkenntnisses und dem Ausbieten liegt, möglicherweise ändert, ändern muß, kann die Bahneinheit nicht mit der Eröffnung der Liquidation fixiert werden, sofern man unter ihrem Namen nicht etwas versteigern will, das sich mit Art. 9 aVZEG/VZEG nicht in Einklang bringen läßt.

Jedesmal, wenn der Bestand des Pfandobjektes ändert, müßten demnach auch die Steigerungsbedingungen geändert werden. Dieser Schwierigkeit kann dadurch begegnet werden, daß

[1]) Für die Betriebsgrundstücke oben 82 f.

der Ersteigerer durch die Steigerungsbedingungen verpflichtet wird, der Masse zum Selbstkostenpreis die während der Liquidation angeschafften Betriebssachen abzunehmen. Eine derartige Anordnung wurde z. B. getroffen bei der Liquidation der Saignelégier-Glovelier-Bahn [1]). Für den — unwahrscheinlichen — Fall, daß Sachen, die laut Steigerungsbedingungen zum Pfandobjekt gehören, vor der Versteigerung betriebsentbehrlich werden, könnte deren Abänderung vorgebeugt werden durch Aufnahme einer Bestimmung, welche der für die nachträglich angeschafften Betriebssachen getroffenen Regelung entspricht.

Wenn also Art. 11, Abs. 1 VZEG das Pfandrecht auf den Bestand zur Zeit der Liquidation beschränkt, ist richtigerweise gemeint nicht der Bestand des Pfandobjekts zur Zeit ihrer Eröffnung, sondern der im Augenblick der Versteigerung.

Das ist übrigens auch die Lösung des preußischen Rechts. So lange die Bahn zum Weiterbetrieb bestimmt ist, besteht auch das öffentliche Interesse an einem betriebsfähigen Bahnvermögen. Um es zu erfüllen, wurde angeordnet, daß die Bahneinheit während der Zwangsvollstreckung wie bisher im Bestand wechseln könne [2]).

b) Die Steigerungsbedingungen

Art. 27, Abs. 1 VZEG hält den Masseverwalter an, für die vollständige Aufzeichnung der Masse zu sorgen. Da dabei kein Rekurs ans Bundesgericht vorgesehen ist, wird es sich nicht um einen Entscheid über die Zugehörigkeit zur Masse handeln, sondern um ein Inventar. Der Bestand des Konkurssubstrates und damit auch der des Pfandobjektes wird vielmehr erst durch die Steigerungsbedingungen festgelegt. Sie werden durch das Bundesgericht aufgestellt (Art. 28, Abs. 1 VZEG). Es soll dabei auf die Entscheide der Verpfändungsbehörde abstellen, selbst wenn es mit ihnen nicht einverstanden ist. Liegen keine vor, so kann es ihre Ansicht erfahren, wenn es in Erfüllung von Art. 28 VZEG vor Aufstellung der Steigerungsbedingungen den Bundesrat anhört. Mißachtet das Bundesgericht beachtliche Entscheide der Verpfändungsbehörden oder den zwingenden Artikel 9 VZEG, so sind die Steigerungsbedingungen dennoch gültig (und der gutgläubige Ersteigerer erwirbt das Pfandobjekt nach ihrer Maß-

[1]) Vgl. den diesbezüglichen Schlußbericht (Bundesarchiv).
[2]) Eger 565, 582 f.

gabe)[1]). Denn die rechtsanwendende Anordnung einer letztinstanzlichen zuständigen Behörde ist gültig, selbst wenn sie gesetzwidrig ist (oben 96 f.). Hingegen werden Grundstücke, die es entgegen der Bahnaufsichtsbehörde für betriebsentbehrlich hält und gemäß Art. 27, Abs. 3 VZEG gesondert nach SchKG verwerten läßt, vom Ersteigerer als Betriebsgrundstücke erworben, d. h. als öffentliche Sachen, die den Bahnbetrieb wie bisher zu dulden haben. Denn im Hinblick auf den anerkannten Satz „es entwidmet, wer widmet" ist nicht anzunehmen, daß das Bundesgericht die vom Bundesrat als letztinstanzlicher Plangenehmigungsbehörde gewidmeten Betriebsgrundstücke entwidmen kann.

Gesonderte Verwertung von Teilen der Bahneinheit ist unzulässig. Dagegen steht es im Ermessen des Bundesgerichtes, die Bahneinheit mit noch andern Sachen zusammen gesamthaft auszubieten[2]).

Der Unterschied zwischen einem gesetzwidrigen und einem unangemessenen Entscheid pflegt sich in den Rechtsmitteln zu äußern. Gegen die vom Bundesgericht aufgestellten Steigerungsbedingungen ist aber überhaupt kein Rechtsmittel gegeben. Denn es treffen zu weder die Voraussetzungen einer Revision noch die einer Erläuterung, und andere Rechtsmittel zur Anfechtung bundesgerichtlicher Entscheide gibt es nicht.

c) Kasuistik

Versteigert werden soll eine Bahneinheit, die auch im Zeitpunkte, wo sie ausgerufen wird, dem Art. 9 aVZEG/VZEG entspricht. Was wurde in der Praxis bis jetzt versteigert?

Als die Rigi-Kaltbad-Scheidegg-Bahn in den Jahren 1877-1880 zum Weiterbetrieb versteigert werden sollte, umfaßte das Kaufsobjekt laut Steigerungsbedingungen u. a. unrichtigerweise Rechte, nämlich die für die Wasserversorgung der Bahn erworbenen Wasserrechte. (Diese Rechte wurden nicht etwa gesamthaft mit der Bahneinheit ausgeboten.)

---

[1]) Gleich wie bei den Grundstücken; vgl. darüber z. B. Becker N 3, Oser N 10 zu Art. 234 OR, Hüsler, 112.

[2]) Wie das z. B. bei der Zwangsliquidation der Nationalbahn geschah. Dort wurde der Ersteigerer einer Bahnsektion angehalten, auch deren Bodenabschnitte zu erwerben, d. h. Land, das ursprünglich zu Bahnzwecken erworben wurde, sich dann aber nachträglich als betriebsentbehrlich erwies (Schlußbericht 200).

Nach dem Schlußbericht über die Liquidation der Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern von 1879 (93 ff.) wurde richtigerweise nicht alles expropriierte Land „zugemacht", sondern nur, was sich als unbedingt betriebsnotwendig erwiesen hatte. Die Expropriaten, deren Land man nicht benötigte, wurden angehalten, überflüssigen Boden vertragsgemäß zurückzunehmen. Der diesbezügliche Erlös wurde — zu Unrecht — den Pfandgläubigern zugewiesen. Gehört das von der Bahngesellschaft zu Bahnzwecken erworbene Land, das nachträglich nicht benötigt wird, zum Pfandobjekt, wird im Schlußbericht 230 gefragt. Diese Frage wird bejaht mit dem unrichtigen Hinweis auf Art. 10 aVZEG („Das Pfandrecht ist auf den Bestand der Bahn und des Betriebsmaterials beschränkt, wie beides zur Zeit der Liquidation besteht").

Im Schlußbericht über die Zwangsliquidation der schweizerischen Nationalbahngesellschaft in den Jahren 1878/1881 schreibt der Masseverwalter auf Seite 199:

Gemäß Art. 9 aVZEG umfasse das Eisenbahnpfandrecht auch die Bodenabschnitte. „Es sind die für die Bahnanlage nicht in Anspruch genommenen, für den Bahnbedarf entbehrlichen Abschnitte von dem im Expropriationswege für den Bahnbau erworbenen Grundstücke [1]). Es stand außer Zweifel, daß der Erlös der beim Eintritt der Liquidation noch unverkauften Bodenabschnitte in den Pfanderlös ...., dagegen der noch ausstehende Kaufpreis der schon vor der Liquidation verkauften Abschnitte zum freien Massegut gehöre". Auf Seite 210 wird von einem Grundstück folgendes gesagt: „Als Grundeigentum, welches nicht zur Bahn gehört, weil nicht zusammenhängend mit dem Bahnkörper und dem Bahnhof, daher nicht vom Eisenbahnpfandrecht umfaßt, mußte das Gebäude nach Art. 25 und 9 aVZEG durch die zuständige kantonale Behörde nach gewöhnlichem Recht verwertet werden". — Was für Zufallslösungen!

Hinsichtlich des Rollmaterials genügte nach Ansicht der bundesgerichtlichen Schatzungsexperten ein Teil des vorhandenen zur Aufrechterhaltung des Betriebes. Aus den Worten „Das gesamte Betriebsmaterial" (Art. 9 aVZEG) wurde fälschlicherweise gefolgert: „Die Frage, ob das gesamte Rollmaterial mit der Bahn und im Kaufpreise derselben inbegriffen dem Käufer der Bahn zufalle, oder ob ein Teil desselben als für den

[1]) So wurde auch zugeschlagen (BBl 1880 III 145).

Betrieb entbehrlich selbständig verwertet werden sollte, konnte daher die pfandrechtlichen Ansprüche der Anleihensgläubiger in keiner Weise berühren". Das betriebsüberflüssige Rollmaterial wurde in der Folge gesondert verkauft und der Erlös den Pfandgläubigern zugewiesen.

Bei der Liquidation der Monte Generoso-Bahn von 1895 [1]) dagegen wurde mit Recht das Hotel Kulm und ein Waldstück als nicht zur Bahn gehörig getrennt versteigert, unmittelbar nach der Versteigerung der Bahn.

Anläßlich der Liquidation der Saignelégier-Glovelier-Bahn [1]) wird der Ersteigerer nicht ungeschickt angehalten, der Masse das von ihr während der Liquidation angeschaffte Mobiliar abzukaufen (vgl. auch oben 102).

Bei der Liquidation der Furka-Bahn [1]) wurde versteigert u. a. die Schmalspurbahn von Brig nach Gletsch „samt allen Abschnitten längs der Bahn und den Bahnhöfen und sämtlichen der Gesellschaft gehörigen Gebäude, nämlich u. a. einer Villa und zwei Wohnhäusern samt Mobiliar".

Zu diesen Beispielen ist, allerdings zu bemerken, daß die Bahneinheit aus dem Vermögen der konkursiten Bahngesellschaft nur ausgesondert zu werden braucht, wenn überhaupt Eisenbahnpfandrechte bestehen und die Schätzung des Gesamtvermögens nicht zweifellos ergibt, daß die Pfandgläubiger, d. h. die sechste, die zweitletzte Klasse (Art. 40, Ziff. 6 VZEG), leer ausgehen werden.

4. Abschnitt

§ 19

Die Haftung der Bahneinheit

Nach dem maßgebenden Art. 40 VZEG haftet der Erlös aus der Bahneinheit im Gegensatz zum SchKG vorab nicht den Pfandgläubigern, sondern den in Ziff. 1—5 des erwähnten Artikels vorgehenden fünf Klassen von Gläubigern. Diese sowie die Kurrentgläubiger können auf den Steigerungserlös aus dem gesamten Vermögen des Konkursiten greifen, die Eisenbahnpfandgläubiger

[1]) Bundesarchiv.

in der sechsten Klasse dagegen nur auf den aus der Bahneinheit fließenden. Die beiden Vermögensmassen werden allerdings nicht viel differieren.

Diese Art der Befriedigung brachte manche zunächst auf den Gedanken, das sogenannte Eisenbahnpfandrecht sei nichts anderes als ein Konkursprivileg (oben 49). Praktisch ist es so, nicht aber rechtlich; schon nicht wegen der Rechte, die Art. 11 VZEG den Pfandgläubigern vor der Eröffnung der Liquidation einräumt.

Wie der Versteigerungserlös im einzelnen verteilt wird, hat sehr knapp und anschaulich bereits Bärlocher in seinem Schlußbericht über die Zwangsliquidation der Schweizerischen Nationalbahngesellschaft 236 dargestellt [1]):

„Der Erlös der vom Pfandrecht nicht umfaßten freien Masseaktiven dient zunächst zur Befriedigung der Klassen I—V, ein allfälliger Überschuß würde in Klasse VII fallen. Reicht der Erlös der freien Aktiven aber nicht aus für die Klassen I—V, so wird das Fehlende aus dem Pfanderlöse gedeckt. Der Erlös der vom Pfandrecht umfaßten Masseaktiven haftet also in erster Linie subsidiär für Klasse I—V, in zweiter Linie und definitiv für Klasse VI; ein allfälliger Überschuß würde in Klasse VII fallen. Reicht aber der Erlös der vom Pfandrecht umfaßten Aktiven für Klasse VI nicht aus, so treten die Pfandgläubiger für das Fehlende in die VII. Klasse."

[1]) Das VZEG hat hier gegenüber dem aVZEG keine Änderung gebracht.

§ 20

Mehrheit der Pfandrechte

1. Grundsätzliches

Bei jedem Pfandrecht stellt sich die Frage, ob es Anspruch auf Befriedigung aus (dem Erlös) der ganzen Sache gebe oder nur aus einer Wertparzelle; m. a. W.: ob das System des Nachrückens oder das der festen Pfandstelle gelte. Jenes setzt eine Rechtsordnung voraus, die mehrere und rangverschiedene Pfandrechte am gleichen Pfandobjekt zuläßt. Denn es ist eine notwendige Folge davon, daß jeder Pfandgläubiger Anspruch hat auf Befriedigung aus dem vollen Erlös der Pfandsache.

Die Frage stellt und beantwortet sich unabhängig von der Art der Pfandsache. Was sich aus der folgerichtigen Anwendung des einen oder andern Prinzipes ergibt, kann in gleicher Weise gelten für Sachen des ZGB wie für die Bahneinheit. Daher ist es nicht abwegig, wenn im folgenden zur Beantwortung der Frage nach Bedarf herangezogen werden: die gemeinrechtliche Hypothek, die Grundpfandverschreibung des ZGB und die Sicherungshypothek des BGB.

2. Es haftet das ganze Pfandobjekt

Was haftet den Bahnpfandgläubigern: das ganze Pfandobjekt oder eine Wertparzelle daraus?

Die Entstehungszeit des aVZEG — das Original zum VZEG — läßt die gemeinrechtliche Lösung vermuten: nicht Haftung einer Wertparzelle wie im Grundpfandrecht des ZGB (Art. 813, Abs. 1), sondern wie grundsätzlich im gemeinen Recht [1]) und im BGB [2]) Haftung der ganzen Pfandsache für jeden Pfandgläubiger. Diese Vermutung erweist sich als richtig angesichts von Art. 40, Ziff. 6 VZEG in Verbindung mit dem dort vorbehaltenen Art. 6: Der Rang wird durch das Datum der Verpfändungsbewilligung

[1]) Für das gemeine Recht etwa Windscheid I 1097 ff.
[2]) Für das BGB etwa Planck III 950.

bestimmt; besteht ein älteres Pfandrecht, so behält dieses den Vorrang vor dem späteren, soweit seine Titelinhaber dem neuen Anleihen nicht gleiche oder bessere Berechtigung zugestehen. Wenn nun der Pfandgläubiger nur Anspruch hätte auf Befriedigung aus dem Werte seiner Pfandstelle, wäre unerfindlich, warum er zuzustimmen hätte zur Errichtung eines vorgehenden Pfandrechtes; er würde ja dadurch in seinen Rechten nicht berührt, es sei denn, daß er nachrückungsberechtigt wäre. Die Möglichkeit nachzurücken aber müßte von einer Rechtsordnung, die sich zum System der festen Pfandstelle bekennt, ausdrücklich statuiert werden, da sich ein derartiges Nachrücken mit einer folgerichtigen Durchführung des Pfandstellensystems nicht verträgt. Ein Nachrücken ist aber nicht vorgesehen.

Ferner: Das Pfandstellensystem zeitigt vernünftige Wirkungen nur, wenn der Rang der Pfandstelle durch Parteiwillkür bestimmt wird. Es wäre, Geltung des Pfandstellensystems angenommen, sonderbar, wenn der Gesetzgeber als einzigen Grundsatz über die Rangbestimmung ausgerechnet den der Alterspriorität aufgestellt hätte.

3. Die Rangänderung nach Errichtung des Pfandrechtes

Das Verhältnis zwischen zwei am gleichen Pfandobjekt bestehenden Rechten wird ausgedrückt durch ihre Ränge. Für das VZEG gilt wir für das ZGB und BGB, daß der Rang „eine kraft Gesetzes eintretende Folge der Dinglichkeit" des Rechts ist, eine logische und vom Gesetzgeber gezogene „Folgerung aus der Dinglichkeit des Rechts, die Wirkung des Rechtes gegen weitere Belastungen" der Sache [1]). Eine Änderung dieses Verhältnisses heißt Rangänderung.

Nach Art. 6 VZEG kann der Rang des späteren, also des unmittelbar nachgehenden Pfandrechtes verbessert werden. Wenn ein Pfandrecht seinen ersten Rang gegen den dritten eines andern eintauscht, können dadurch die unbeteiligten Pfandgläubiger im zweiten Rang in ihren Rechten nicht beeinträchtigt werden, weder zu ihren Gunsten noch zu ihren Ungunsten. § 880 BGB enthält diese Vorschrift ausdrücklich. Sie ist eine Folgerung aus der Dinglichkeit des Pfandrechts. Auch das VZEG hat sie gezogen, nicht ausdrücklich, aber in seinem ganzen Auf-

[1]) Planck III 182, 191.

bau. Damit ist aber nicht einzusehen, warum nicht auch Rangaustausch zwischen andern als nur benachbarten Pfandrechten zulässig sein sollte. Art. 6 VZEG ist nicht wörtlich aufzufassen.

Daraus, daß Zwischenrechte durch die Rangänderung nicht berührt werden, folgt [1]):

Der vorgetretene Berechtigte kann den Vorrang vor dem Zwischenberechtigten stets nur bis zum Betrage des zurücktretenden Rechtes erhalten. Wichtig ist diese Regel erst dann, wenn das, was vortritt, größer ist, als das was zurücktritt. In der Zwangsverwertung ist der Überschuß des Vortretenden vor dem Zurücktretenden nach den Zwischenrechten, aber vor dem Zurücktretenden zu befriedigen. Kurz, der Vorgang der Zwischenrechte kann nicht vergrößert werden, wenn und soweit die aus ihnen Berechtigten nicht auf ihren Rang verzichten (zugunsten von einem oder mehreren Rechten).

Wie die Zwischenrechte bleiben von einer Rangänderung unberührt auch diejenigen Rechte, die im gleichen Rang stehen wie das zurücktretende.

Erweist sich das zurück- oder vorgetretene Recht als nicht bestehend, so ist die Rangänderung ohne Wirkung; Rechte gutgläubiger Dritter gibt es nach VZEG nicht.

Wird das vorgetretene Recht aufgehoben oder erlischt es sonstwie, so verliert die Rangänderung ihre Wirkung. Dasselbe gilt für das zurückgetretene Recht, es sei denn, daß es sich um rechtsgeschäftliche Aufhebung handelt. In diesem Falle behält — wenigstens nach BGB — das vorgetretene Recht seinen Rang bis zum Zeitpunkte, wo das zurückgetretene Recht anders als rechtsgeschäftlich (z. B. infolge Eintrittes einer Resolutivbedingung) untergegangen wäre.

Wie nach Art. 880 BGB wird die Rangänderung durch Vertrag zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Pfandgläubiger erfolgen und wird die Zustimmung der am zurücktretenden Recht dinglich Berechtigten nötig sein. Weiter hat nach § 880 BGB auch der Pfandeigentümer zuzustimmen, da er durch die Rangänderung in seiner allfälligen Rechtsstellung als Eigentümerhypothekar geschädigt werden kann [2]). Diese Zustimmung fällt für das VZEG weg, da es die Eigentümerhypothek nicht kennt.

[1]) Vgl. darüber Planck III 199 ff., Wolff 120 ff.
[2]) Beispiel in Wolff 121 f.

Die rechtliche Natur des Rangs war im gemeinen Recht umstritten und ist umstritten geblieben bis heute [1]). Einigkeit aber herrschte von jeher darüber, daß der Rang nicht etwas neben dem Pfandrecht selbständiges, sondern mit diesem untrennbar verbunden sei [2]). Planck (III 191 zu § 880 BGB) bemerkt u. a., daß die nachträgliche Rangänderung unzulässig sei, wo sie nicht wie bei Grundstücken ausdrücklich vorgesehen sei. Daher wird sie für Rechte an Mobilien einhellig abgelehnt [3]).

4. Die Rangänderung bei der Errichtung des Pfandrechtes

Im Gegensatz zur nachträglichen Rangänderung hielten bereits im gemeinen Recht viele Autoren dafür, daß die Rangänderung bei der Errichtung des Pfandrechtes sich mit der rechtlichen Natur des Ranges sehr wohl vereinbaren lasse, m. a. W., daß es zulässig sei, dem Pfandrecht bei seiner Errichtung einen andern Rang zu geben als den ihm kraft Alterspriorität zukommenden [4]). Diese Ansicht wird von der heutigen Wissenschaft geteilt. Sie ist positives Recht in Art. 972 ZGB [5]) und in § 879 BGB.

Läßt sie das VZEG zu? Streng wörtlich genommen sieht Art. 6 nur die nachträgliche Rangänderung vor, die Rangänderung zwischen einem ältern und dem spätern Pfandrecht, also zwischen zwei bestehenden Rechten. Aber diese Auslegung würde zu dem unsinnigen Ergebnis führen, daß zwei Pfandgläubiger zwar bei der Errichtung des Pfandrechtes die Ränge nicht abweichend von der Alterspriorität vereinbaren könnten, wohl aber dann, wenn sie errichtet sind!

Wenn hinsichtlich des Pfandrangs allein die Willenseinigung der Parteien einseitig unverbindlich oder nichtig ist, gelten für das Rechtsgeschäft die allgemeinen Bestimmungen des Zivil-

---

[1]) Dernburg 414, 462 ff.; Windscheid I 1101 Anm. 16; Planck I 18, 191; Wolff 120. Gehört der Rang zum Inhalt des dinglichen Rechts? Je nach der Antwort wird bejaht (Wolff) oder verneint (Planck), daß die Vorschriften über die Rangänderung ergänzt werden dürfen durch die betreffend Änderung des Inhaltes der dinglichen Rechte (§ 880 durch § 877 BGB). Für Gesetze, die wie das VZEG den erwähnten Unterschied nicht machen, ist die Frage praktisch bedeutungslos.

[2]) Dernburg 462 ff., Windscheid I 1115; Wolff 120.

[3]) Planck III 1433, Wolff 650. — Unrichtig daher wohl Leemann, wenn er die dingliche Rangänderung bei Mobiliarpfandrechten zuläßt, obschon diesen unbestrittenermaßen nicht das System der festen Pfandstelle, sondern wie dem BGB das des Nachrückens zugrunde liegt.

[4]) Windscheid I 1101 ff.

[5]) Dazu Homberger.

rechtes, insbesondere die Artikel 23 ff. OR, ferner die Art. 20, Abs. 2 und 2 OR; für die Teilnichtigkeit vgl. Planck III 187 f., für das Verhältnis zwischen Pfandgeschäft und behördlicher Bewilligung oben 19 ff.

5. Der Rangvorbehalt

Kann sich der Verpfänder bei der Bestellung des Pfandrechtes die Priorität vorbehalten für eine erst künftig zu begründende Schuld, deren Maximum im voraus bestimmt ist, fragt Dernburg II 414. Nein, antwortet er; denn ein leerer Raum (im Sinne einer leeren Pfandstelle) kann durch Parteivereinbarung nicht geschaffen werden und ändern kann das Pfandrecht seinen Rang auch nicht. Diese Antwort ist für das gemeine Recht jedenfalls die einzig folgerichtige. Denn wird ein Pfandrecht bestellt so kann einem künftigen Pfandrecht der erste Rang nur zugehalten werden, wenn jenes zum vorneherein in einem nachgehenden Rang errichtet wird, und das ist grundsätzlich nur möglich beim System der festen Pfandstelle. Nimmt das bestehende Pfandrecht aber den ersten Rang ein, so kann es in einen nachgehenden nur durch Rangänderung gelangen und diese ist nach gemeinem Recht unzulässig [1]).

Das BGB anerkennt in § 880 die nachträgliche Rangänderung. Folgerichtigerweise läßt es in § 881 auch den Rangvorbehalt zu. Wird nämlich ein Pfandrecht mit Vorbehalt errichtet, d. h. wird der ihm jetzt zukommende Rang einem spätern Pfandrecht vorbehalten, so verliert es ihn nach Maßgabe des Vorbehalts an dasjenige später errichtete Pfandrecht, dem der Vorgang eingeräumt wurde und nimmt im Umfange des Vorbehalts den Rang an, der dem später errichteten Pfandrechte ohne die Einräumung des Vorbehaltes zukäme [2]). Der Rangvorbehalt bewirkt daher keinen leeren Raum, keine Pfandstelle [3]).

Den nach dem Rangvorbehalt errichteten Pfandrechten kann nach der allgemeinen Regel der Vorgang nicht gegen den Willen der Berechtigten durch neue Pfandrechte erweitert werden. Die

[1]) Windscheid I 1115 lehnt die nachträgliche Rangänderung ab, erklärt aber den Rangvorbehalt als zulässig — mit einer nicht sehr überzeugenden Begründung (1101 Anm. 1).

[2]) Über den Rangvorbehalt vgl. Planck III 202 ff. und Wolff 123 ff.

[3]) Wie Leemann in N 5 zu Art. 893 ZGB anzunehmen scheint: „Im Unterschied zu der Ordnung beim Grundpfand (Art. 813, Abs. 2)" lehnt er den Rangvorbehalt mit dinglicher Wirkung beim Fahrnispfand ab, läßt aber die dingliche Rangabtretung zu.

Einräumung des vorbehaltenen Ranges bringt jene Pfandrechte in die gleiche Lage wie eine nachträgliche Rangänderung. Daher werden die Vorschriften über den Rangvorbehalt einhellig [1]) durch diejenigen über die Rangänderung ergänzt: die Zwischenberechtigten werden durch die Ausübung des Rangvorbehaltes nicht berührt; die Rangänderung ist oder wird hinfällig, wenn das vorgetretene oder das zurückgetretene Recht nicht oder nicht mehr besteht. Ausnahme: wird das zurückgetretene Recht durch Rechtsgeschäft aufgelöst, geht der Vorrang dem vorgerückten Rechte nicht verloren [2]).

Dagegen bringt der Rangvorbehalt das zurücktretende Recht in eine andere Stellung als die Rangänderung:

Es braucht sich insgesamt nur den Betrag des Vorbehaltes vorgehen zu lassen, diesen aber immer ganz. Daraus ergibt sich, daß der Vorrang nur wirksam wird für den Betrag des Vorbehaltes minus die Beträge der Zwischenrechte. Das gilt nur, wenn vom Zwangsverwertungserlös überhaupt etwas für die Zwischenrechte abfällt: andernfalls beeinträchtigen diese das mit Vorbehalt eingetragene Recht nicht und ebenso wenig den Vorbehalt. Für Beispiele vergleiche Planck III 208 und Wolff 125. Die erwähnte Verschiedenheit ergibt sich aus der Tatsache, daß der Rangvorbehalt den Eigentümer nicht hindert, die Pfandsache neu zu belasten, ohne den vorgehaltenen Rang einzuräumen oder einen entsprechenden Vorbehalt beizufügen.

Kann nach VZEG der Rang vorbehalten werden? Das Bedürfnis nach dieser Möglichkeit besteht unbestrittenermaßen. Der Rangvorbehalt würde den Bahnen erlauben, Zeiten billigen Geldes auszunützen. Er wäre im Bereiche des VZEG deswegen besonders erwünscht, weil es im Gegensatz zum BGB (§ 1196) den andern Weg, mit dem dieser Zweck erreicht werden kann, nämlich die Errichtung einer Eigentümergrundschuld (= forderungsentkleidetes Eigentümerpfandrecht) nicht kennt.

Rechtlich ist der Rangvorbehalt eine bedingte Vorrangseinräumung: das mit dem Vorbehalt errichtete Pfandrecht behält seinen gesetzlichen Rang nur für den Fall, daß der Eigentümer vom Vorbehalte nicht Gebrauch macht [3]). Da der Rangvorbehalt als bedingte Rangänderung keine leere Pfandstelle schafft und

[1]) Planck III 207 f., Wolff 124.
[2]) Wolff 125.
[3]) Planck III 205, Wolff 123.

daher mit dem System des VZEG nicht unvereinbar ist, das VZEG eine unbedingte Rangänderung zuläßt und die bedingte nicht ausschließt und die Wirkungen der Rangänderung grundsätzlich mit denen des ausgeübten Rangvorbehaltes übereinstimmen, wäre nicht einzusehen, warum er nicht zulässig sein sollte.

§ 881, Abs. 3 BGB bestimmt, daß die im Rangvorbehalt liegende Befugnis mit der Veräußerung des Grundstückes auf dessen Erwerber übergeht. Nach Planck III 204 ergibt sich diese Regelung bereits aus der Ordnung des Eigentums: der Eigentümer kann nicht nur Grundstücke mit Rechten belasten, sondern auch ihr Rangverhältnis bestimmen. Das darf auch für die Bahneinheit gelten. Daher ist auch für sie grundsätzlich anwendbar, was aus § 881, Abs. 3 BGB gefolgert wird.

Wie nach BGB [1]) wird der Rangvorbehalt aufgehoben werden können allein durch Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem unter Vorbehalt berechtigten Pfandgläubiger; er wird ausgeübt durch Einigung zwischen jenem und dem Pfandgläubiger, dem der vorbehaltene Rang zukommen soll, und er wird mangels anderer Vereinbarung — im Rahmen des Vorbehaltes natürlich — mehreren Rechten oder auch nur dem Teil eines Rechtes zugehalten werden können.

[1]) Planck III 205 f.

Die Rechte der Pfandgläubiger

§ 21

Schutz gegen Pfandverschlechterung

1. Vor und während des Betriebes

a) Gegen tatsächliche Verfügungen

Für die Verhältnisse während des Betriebes gilt, wie bereits dargetan, daß zum mindesten die Betriebsgrundstücke öffentliche Sachen sind und daher die tatsächliche Verfügung über sie stark eingeschränkt ist; umgekehrt ist der Konzessionär [1]) zu weitgehender Einwirkung auf sie verpflichtet.

Der tatsächliche Zustand der einzelnen Betriebssache ist dem Konzessionär [1]) oft bis in Einzelheiten vorgeschrieben und wird durch die zuständigen Behörden kontrolliert. Ist er nicht vorschriftsgemäß, so haben sie die vorgesehenen Zwangsmittel anzuwenden. Die Pfandgläubiger können hier gegen die Bahn als Konzessionärin [1]) nicht vorgehen, sondern höchstens die zuständigen Stellen zum Einschreiten veranlassen.

Gegen Einwirkungen Dritter kann sich die Bahn im Rahmen der ihr zustehenden bahnpolizeilichen Befugnisse auch selbst wehren.

Für die Zeit vor der Betriebseröffnung fällt die erwähnte Tätigkeit der Bahnaufsichtsbehörde weg.

Jederzeit können die Pfandgläubiger gegen die Bahn in deren Eigenschaft als Eigentümerin vorgehen und zwar strafrechtlich auf Grund von Art. 147 StGB. Ein Verbot tatsächlicher Einwirkungen enthält wohl nur dessen Abs. 1 a. E. (und Abs. 3). Allerdings wird darin von beweglichem und unbeweglichem Pfand gesprochen, doch ist die Bahneinheit keines von beiden. Aber der Ton liegt nicht auf den Beiwörtern, sondern auf dem Wort „Pfand". Daher ist die erwähnte Vorschrift anwendbar.

[1]) Dasselbe gilt für die SBB.

Ferner wird jeder, der die Pfandsache schuldhaft und widerrechtlich verschlechtert, für den entstandenen Schaden nach Art. 41 ff. OR haftbar werden. Diese Haftung kann die Bahn selbst, den Masseverwalter oder jedermann treffen [1]).

b) Gegen rechtliche Verfügungen

aa) *Die Einsprache gemäß Art. 11 VZEG*

Einsprache kann gemäß Art. 11 VZEG (entspricht Art. 10 aVZEG) erhoben werden nur „gegen den Verkauf des Unternehmens oder einzelner Teile desselben, die Veräußerung des Grundbesitzes oder des Betriebsmateriales, ebenso gegen Fusionen [2]) mit andern Unternehmungen ...., wenn die Sicherheit der Pfandforderung dadurch gefährdet sein sollte".

Ein Pfandrecht ist dann gefährdet, wenn der Wert der Pfandsache nach der Verschlechterung so niedrig ist, daß er die Pfandgläubiger nicht mehr mit Sicherheit deckt [3]). Ob die Deckung genügend ist, richtet sich nach Rang und Höhe des Pfandrechtes [4]) und beim Eisenbahnpfandrecht auch noch nach der Höhe der Forderungen gemäß Art. 40, Ziff. 1—5 VZEG.

Begrifflich setzt eine Gefährdung im erwähnten Sinne immer voraus, daß Pfandsache und Pfandrecht bestehen bleiben.

1. Ist das der Fall bei der Fusion und dem Verkauf des Unternehmens?

Ist hier nicht vielmehr Untergang der Pfandsache und damit auch der Pfandrechte anzunehmen? dies, weil sie aus einer Vielheit von Gegenständen besteht? Verliert die Bahn das Eigentum an einem von ihnen, so gehört er nicht mehr zum Pfandobjekt. Verliert sie es an allen, wie beim Verkauf des Unternehmens und der Fusion, haftet von diesem Augenblicke an eben nichts mehr. So zu argumentieren, ist unzutreffend.

Die Veräußerung kann sich beziehen entweder auf eine oder mehrere einzelne Betriebssachen oder auf das Unternehmen als Ganzes. Der Unterschied bezüglich der einzelnen Sachen liegt in der Tat nicht in der Art und Weise des Eigentumsübergangs: hier wie dort tritt dieser an den einzelnen Sachen ein und zwar

[1]) Planck III 1093.
[2]) Für den Begriff vgl. die einschlägige Literatur und Rechtsprechung, insbesondere BGE 57 II 530.
[3]) Wolff 509.
[4]) Planck III 1095.

durch Singularsukzession beim Verkauf und Universalsukzession bei der Fusion. Das Verpflichtungsgeschäft dagegen ist verschieden, und das ist das wesentliche: dort sollen Bestandteile der Bahneinheit den Eigentümer wechseln, hier soll die Bahneinheit als solche, als wirtschaftliche Einheit, übergehen [1]). Hier werden die Bestandteile der Bahneinheit pfandverhaftet bleiben, dort dagegen nicht. Andernfalls wären mit dem Rückkauf der Privatbahnen [2]) zwangsweise alle Pfandrechte untergegangen, die Bundesbahnen hätten nicht *Pfand*schulden *übernommen*, wie mit Recht angenommen wird, sondern Kurrentschulden. Nur die Annahme, daß die veräußerte Bahneinheit weiterhafte, ermöglicht eine Gefährdung im eigentlichen, oben erwähnten Sinne. Eine Gefährdung kann sich nämlich aus dem Umstande ergeben, daß in der Zwangsliquidation der Pfanderlös vor den Pfandgläubigern fünf andern Klassen haftet (Art. 40 VZEG).

Daß die verpfändete Bahneinheit bei der Veräußerung pfandbelastet übergeht, dürfte zwingendes Recht sein. Jedenfalls aber können Veräußerer und Übernehmer allein nicht (gültig) unbelasteten Übergang vereinbaren und so die Pfandgläubiger um ihr Pfandrecht bringen.

Das schweizerische Recht (Art. 748 ff. OR) zwingt den Gläubigern der fusionierenden Gesellschaften einen Schuldnerwechsel auf. Es sorgt aber auch dafür, daß sie nicht zu Schaden kommen. Nach Art. 11 VZEG dagegen können die Pfandgläubiger die Fusion verhindern, wenn ihre Einsprache geschützt wird. Welches ist hier das Verhältnis zwischen OR und VZEG?

Art. 748 ff. OR sind auch auf Bahnen mit Pfandgläubigern anwendbar. Nämlich: Hat eine Bahn nur Nichtpfandgläubiger, müssen die erwähnten Artikel des OR anwendbar sein. Sind neben ihnen auch Pfandgläubiger da, lassen sich diese Artikel nicht nur auf eine Gläubigerkategorie anwenden, sondern ent-

[1]) Die Unterscheidung zwischen der Veräußerung einzelner Sachen und der eines Unternehmens ist nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern zeigt sich praktisch z. B. in der Gewährleistung, — wenigstens nach deutschem Recht: für die Veräußerung eines Unternehmens gelten die Vorschriften über die Gewährleistung beim Handelskauf einer beweglichen Sache, trotzdem es aus beweglichen, unbeweglichen Sachen und Rechten besteht. Denn wirtschaftlich ist es eben ein Ganzes und insofern als einheitlicher Gegenstand veräußert worden, schreibt Staub — Koenige Anm. 5 zu § 377 HGB und zitiert die übereinstimmende Praxis des Reichsgerichtes.

[2]) Trotzdem es sich hier nicht um einen privatrechtlichen Kauf handelt, ist der Vergleich zutreffend. Denn zur Erörterung steht hier nur der Übergang von Bahneinheiten.

weder auf beide oder dann gar nicht. (Den Gläubigern der Ziff. 1—5 Art. 40 VZEG haftet das gesamte Vermögen, also auch die Bahneinheit; auf dieses beziehen sich auch die Art. 748 ff. OR.) Daß die Art. 748 ff. OR auf Bahnen überhaupt nicht anwendbar seien, ist undenkbar. Ihr Inhalt steht aber auch nicht gegen ihre Anwendung auf Pfandgläubiger; ihre Anwendbarkeit schließt diejenige des Art. 11 VZEG nicht aus [1]). Es frägt sich nur, ob die gegen Fusionen gerichteten Klagen angesichts der Regelung im OR nicht wegen mangelnder Gefährdung abgewiesen würden! Jedenfalls hat die Ordnung des OR den Art. 11 VZEG entbehrlich gemacht, soweit er sich auf Fusionen bezieht.

Beim Verkauf des Unternehmens gemäß Art. 11 VZEG wird es sich regelmäßig um eine Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 OR handeln [2]). Diese Vorschrift ist anwendbar auch für Pfandschulden (oben 48). Hier ist eine Gefährdung der Pfandsicherheit in gleicher Weise möglich wie in den Fällen, wo die Schulden nicht übernommen werden; denn das hier — von Gesetzes wegen — entstehende Solidarschuldverhältnis berührt die *Pfand*sicherheit nicht.

2. Was vom Verkauf des ganzen Unternehmens gesagt wurde, gilt sinngemäß auch für den Verkauf seiner Teile. Unter Teil kann nur eine Linie, eine Bahneinheit, verstanden sein [3]). Denn sie wird vom Gesetz den „Veränderungen am Grundbesitz und dem Material" gegenübergestellt, kann daher nicht eine Mehrheit beliebiger einzelner Betriebssachen sein [4]). Das ergibt sich auch daraus, daß an solchen das Pfandrecht mit der Veräußerung untergeht, während das bei Teilen des Unternehmens aus den gleichen Gründen wie beim ganzen Unternehmen nicht der Fall sein kann.

3. Der Verkauf des (gesamten) Grundbesitzes oder Betriebsmateriales wird nicht vorkommen, solange die Bahn zum Betriebe bestimmt ist. Denn diesen ausschließlich mit gepachteten oder gemieteten Sachen zu führen, wird ihr nicht erlaubt sein.

Was kann mit der Klage verlangt werden?

[1]) Unrichtig Vollenweider 57, der meint, Art. 10 aVZEG (= Art. 11 VZEG) werde durch Art. 669 aOR (entspricht Art. 748 OR) abgeändert und der seine Anwendbarkeit mit Hinweis auf Art. 900 aOR ablehnt. (In Art. 900 aOR wird das aVZEG vorbehalten.)

[2]) Über den Begriff des Vermögens z. B. Oser Art. 181 OR N 5.

[3]) So ohne Begründung auch Pfenninger 131.

[4]) Wie Vollenweider 54 behauptet, wenn er von Einsprache „gegen Veräußerung eines größeren Teiles des Betriebsmaterials" spricht.

Aus dem Wortlaut von Art. 11 VZEG („.... gefährdet werden *sollte*") ergibt sich, daß mit ihr nicht Rückleistung der durch Veräußerung oder Fusion bereits übergegangenen Sachen verlangt werden kann. Sie wird wie die Klage gemäß Art. 2 VZEG (oben 43) überhaupt nicht auf Leistung gehen, also auch nicht auf verhältnismäßige Abzahlung der Pfandschuld. Ihr Ziel wird vielmehr sein, den Handwechsel der Bahneinheit zu verhindern, zu verbieten. Maßnahmen, die dem Beklagten die Verfügung über die einzelne Betriebssache verunmöglichen sollen, sind unzulässig; denn über diese kann er nach Gesetz frei verfügen [1]). Der Beklagte wird der Verurteilung dadurch entgehen können, daß er eine die Gefährdung der Pfandsicherheit aufhebende Abzahlung der Pfandschuld leistet oder doch anbietet [2]). Diese Leistung kommt den Pfandgläubigern stets in vollem Umfange zugute im Gegensatz zu der Regelung im Konkursfalle. Denn vor der Eröffnung der Zwangsliquidation kann die Bahn über ihr Vermögen grundsätzlich frei verfügen.

bb) *Der übrige Schutz*

Nach Art. 11, Abs. 1 VZEG können die Pfandgläubiger „wegen Veränderungen am Grundbesitz und Material keine Einsprachen erheben" [3]). Unter Veränderungen sind sowohl Veräußerungen als auch das Minus, dingliche Belastungen, zu verstehen. Die eben erwähnte Einsprachebeschränkung geht hervor aus dem Grundsatze, der den Art. 11 einleitet: die Pfandgläubiger dürfen den Betrieb nicht hemmen. Daraus ist zu schließen, daß nur die objektiven Bedürfnisse des Bahnbetriebes die erwähnten Veränderungen rechtfertigen können. Verstoßen sie gegen Treu und Glauben, so treten die Folgen von Art. 2 ZGB ein, möglicherweise also Schadenersatz gemäß Art. 41 ff. OR [4]).

Strafrechtlich kommt Art. 147, Abs. 1 StGB in Betracht („das in seinem Besitze gelassene bewegliche Pfand veräußert wird"). Er ist aber nicht anwendbar, da es sich hier um den Gegensatz zwischen beweglicher und unbeweglicher Sache handelt.

---

[1]) Bei Betriebsgrundstücken ist nach der Praxis noch die Zustimmung der Bahnaufsichtsbehörde erforderlich (oben 75 ff.).

[2]) Daß diese Geschäfte unter allen Umständen zulässig seien, wird nicht behauptet. Gerade sie können gegen Treu und Glauben verstoßen und dann zum mindesten die Folgen von Art. 2, Abs. 2 ZGB nach sich ziehen.

[3]) Kaum richtig daher BGE 49 III 263, wonach zum Verkauf von überschüssigem Rollmaterial die Zustimmung der Pfandgläubiger nötig ist.

[4]) Grundsätzlich gleich Art. 809 ZGB (vgl. Leemann dazu N 15/16) und § 1135 BGB.

Nicht allzu selten wird vereinbart, daß Betriebssachen nur mit Zustimmung des Bundesrates veräußert werden dürfen. Da das VZEG zwingend vorschreibt, daß die Bahneinheit nur der Bahn gehörige Betriebssachen umfassen könne, wirken derartige Vereinbarungen nicht dinglich, sondern höchstens obligatorisch. Mit der erwähnten Zustimmung bezeichnet der Bundesrat eine Sache als betriebsentbehrlich. Um ein Grundstück betriebsentbehrlich zu machen, ist aber auch ohne Vereinbarung das Einverständnis des Bundesrates als — letztinstanzlicher — Verpfändungsbehörde einzuholen. Etwas Neues brächte sie also nur für Mobilien. Betriebsüberflüssige Sachen aus Rücksicht auf die Pfandgläubiger nicht aus der Pfandhaft entlassen, dürfen die Behörden in keinem Falle.

Endlich gewähren auch die Tatsachen, daß vom genehmigten Plan ohne Bewilligung der zuständigen Behörde nicht abgewichen werden kann (oben 75 f.) und daß die von ihm jeweils erfaßten Grundstücke öffentliche Sachen sind (oben 77 ff.), in gewisser Beziehung Schutz:

Die Nordostbahn hatte sich seinerzeit beim Bundesrat beschwert, weil die thurgauische Regierung gestützt auf das kantonale Straßengesetz ein Stück Bahnhofvorplatz als öffentliche Straße erklären wollte und ist geschützt worden [1]). Der Entscheid ist auch heute noch richtig.

2. Nach endgültiger Einstellung des Betriebes

Die Frage nach der Rechtstellung des Pfandgläubigers bei derartigen Betriebseinstellungen ist heute recht aktuell, da viele Straßenbahngesellschaften zum Autobus- oder Trolleybusbetrieb übergehen wollen. Meines Wissens war bis jetzt regelmäßig eine gütliche Einigung mit den Pfandgläubigern möglich.

a) Außerdienststellen der ganzen Bahneinheit

aa) *Gegen tatsächliche Verfügungen*

Jeder Schutz, der durch den Betrieb vermittelt wurde, fällt weg (öffentliche Sache, Aufsicht durch die zuständigen Behörden, bahnpolizeiliche Befugnisse).

[1]) BBl 1889 I 132.

Bestehen bleibt die Haftung auf Grund von Art. 147 StGB und Art. 41 ff. OR (oben 116 f.).

Da mit der Betriebseinstellung die Bahneinheit in ihre Bestandteile zerfallen ist (oben 93 f.) und diese selbständige Sachen geworden sind, frägt es sich, ob nicht die Vorschriften des ZGB über Pfandverschlechterung, verursacht durch tatsächliche Eingriffe seitens des Eigentümers, sinngemäß anwendbar seien. Die Frage ist m. E. zu bejahen.

bb) *Gegen rechtliche Verfügungen.*

Wo die Bahn endgültig außer Dienst gestellt ist, fällt die Einredebeschränkung von Art. 11 VZEG weg, wonach die Pfandgläubiger „wegen Veränderungen am Grundbesitz und Material keine Einsprachen erheben können". Denn diese Vorschrift fußt auf dem Anfangssatz von Art. 11 („Die Pfandgläubiger dürfen den Betrieb des Unternehmens nicht hemmen") und dessen Voraussetzung, der Betrieb, ist weggefallen [1]). Für einen wechselnden Bestand des Pfandobjektes sind die Voraussetzungen nicht mehr vorhanden. Die Pfandgläubiger werden daher Einsprache erheben können, wegen jeder die Pfandsicherheit gefährdenden Änderung im Bestand der Bahneinheit. Die Veräußerung eines einzigen Grundstückes, z. B. des Hotels auf Muottas Kulm (oben 66), kann zur Gefährdung genügen.

Da das Pfandrecht an den Bestandteilen der Bahneinheit untergeht, wenn der Pfandeigentümer das Eigentum an ihnen verliert, werden die Pfandgläubiger für sie jetzt ein Veräußerungsverbot erwirken und bei Grundstücken eine Verfügungsbeschränkung eintragen lassen können. Dies um so mehr, als rechtliche Verfügungen über außer Dienst gestellte Grundstücke nicht mehr genehmigungspflichtig sind und bei Mobilien die Betriebspflicht nicht mehr für fortlaufenden Ersatz sorgt.

Kommt es zur Zwangsliquidation einer außer Dienst gestellten Bahneinheit, ist zu beachten, daß wie bei Art. 11 so auch bei Art. 22 VZEG eine Voraussetzung, nämlich der Betrieb, nicht mehr besteht. In Art. 22 wird dem Liquidationsrecht der Satz vorausgestellt, daß der Masseverwalter zu sorgen habe, daß durch

[1]) Ein Bahnunternehmen, das den Betrieb einstellt, ist eigentlich kein Unternehmen mehr. Art. 11 VZEG z. B. wäre gar nicht mehr anwendbar. Es ist aber nicht anzunehmen, daß die Gesetzgeber von 1874 und 1917 das VZEG auf diesen strengen Unternehmensbegriff zugeschnitten haben.

die Liquidation der Betrieb nicht unterbrochen werde. Soll aber die Bahn nicht mehr betrieben werden, so ist ein wechselnder Bestand der Bahneinheit auch hier nicht mehr begründet. Verwertet wird nicht die Bahneinheit, sondern bestimmte bewegliche und unbewegliche Sachen im Sinne des ZGB und des SchKG. Es steht daher nichts im Wege, im Rahmen des VZEG Vorschriften des SchKG anzuwenden, insbesondere hinsichtlich der Konservierung des Pfandobjektes oder, eigentlich besser, der Pfandobjekte.

Bei Betriebseinstellung können die Pfandgläubiger die Zwangsliquidation nicht vorzeitig herbeiführen, indem auch hier unverändert die Art. 16 ff. VZEG gelten. Möglich sind aber selbstverständlich Vereinbarungen des Inhalts, daß mit einer Betriebseinstellung oder einer festgestellten Gefährdung der Pfandsicherheit die Pfandforderung fällig werden solle.

b) Außerdienststellen eines Teiles der Bahneinheit

Erörtert werden soll der Fall, wo von einem Netz oder einer Linie eine Teilstrecke im Betrieb eingestellt wird.

Die hier von der Betriebseinstellung erfaßten Sachen fallen aus der — reduzierten — Bahneinheit weg und bilden keine neue. Neubestellte Pfandrechte haften ausschließlich auf der reduzierten Bahneinheit. Die im Betrieb eingestellten Teilstrecken, d. h. die sie bildenden mehreren Sachen, müssen aber den Pfandrechten, die schon zur Zeit bestanden haben als sie außer Dienst gestellt wurden, weiterhaften. Nämlich: die totale oder teilweise endgültige Betriebseinstellung darf nur auf Grund einer — vorangegangenen oder nachfolgenden — Konzessionsänderung erfolgen. Gegen eine solche können die Pfandgläubiger nicht erfolgreich opponieren. Hingegen haben sie ein Recht darauf, daß sie in der Rechtstellung, die ihnen die Konzession bei der Errichtung des Pfandrechtes vermittelt hat, nicht beeinträchtigt werden. Dies wird erreicht durch das oben erwähnte Weiterhaften der Teilstrecke.

Was oben gesagt wurde für den Fall, wo die ganze Bahneinheit außer Dienst gestellt wird, gilt sinngemäß auch im vorliegenden Falle. Daraus ergibt sich, daß Einsprache erhoben werden kann nicht nur bei Veräußerung des (gesamten) Grundbesitzes und Betriebsmaterials.

3. Die Gültigkeit des Verbotes, die Bahneinheit oder ihre Bestandteile zu veräußern oder weiter zu belasten

Was die Bahneinheit anbelangt, hat das Bundesgericht eine jede Verpfändung verbietende Abrede geschützt, weil sie die natürliche Freiheit nicht derart beschränke, daß ihre Nichtigkeit anzunehmen sei [1]). Weniger weit ginge eine Vereinbarung zwischen den Pfandgläubigern und der Bahn, wonach die Bahneinheit nicht weiter verpfändet werden solle. Wird der Entscheid in BGE 47 II 341 ff. aufrecht erhalten, so wäre auch diese weniger weit gehende Abrede zu schützen. Mir scheinen beide Abreden mit Art. 27 ZGB unvereinbar und daher nichtig [2]).

Nichtig werden auch Abreden sein, wonach Bestandteile der Bahneinheit oder diese selbst nicht veräußert werden sollen. Die Regelung des Art. 11 VZEG, der die Belastung und Veräußerung unter gewissen Voraussetzungen vorsieht, dürfte zwingend sein.

Zulässig dagegen werden Abmachungen sein des Inhalts, daß jede Veräußerung oder Belastung die Fälligkeit der Pfandforderung herbeiführen solle [3]).

Bis heute ist meines Wissens noch keine Klage gemäß Art. 11 VZEG anhängig gemacht worden.

§ 22

Das Recht auf Verwertung der Pfandrechte

Wann die Pfandgläubiger die Verwertung verlangen können, bestimmt Art. 16 VZEG: wenn die Pfandforderung oder der den Titelinhabern zugesicherte Zins fällig ist. Diese Vorschrift wird aber auch gelten für Zinse, die nicht aus einer Titelforderung hervorgehen.

---

[1]) Im fraglichen Entscheid handelt es sich um das Betriebsvermögen einer Schiffahrtsunternehmung. Dessen Regelung stimmt aber mit derjenigen überein, die für die Bahneinheit gilt; vgl. BGE 47 II 341 ff.

[2]) Vgl. auch Art. 812 ZGB und § 1136 BGB und dazu Wolff 510 sowie Planck III 1101.

[3]) Wolff 510.

Die Verwertung ist durch ein an das Bundesgericht zu richtendes Begehren zu verlangen.

Das VZEG schränkt seinen Art. 16 selbst ein durch seine Bestimmungen über den Nachlaßvertrag. Art. 16 wurde ferner durch die BB von 1918, 1933, 1937 sowie durch das BG von 1940 (oben 14 ff.) und durch das Gläubigergemeinschaftsrecht eingeschränkt.

Das Weitere gehört ins Schuldbetreibungs- und Konkursrecht [1]) und ist daher hier nicht näher zu behandeln.

§ 23

Die vertragliche Erweiterung oder Beschränkung der Rechte der Pfandgläubiger

Ist eine solche Erweiterung oder Beschränkung möglich? Dem Wesen des Pfandrechtes widerspricht jedenfalls der Verzicht auf das Verwertungsrecht. Daher ist er meines Erachtens nichtig [2]).

Vereinbarungen, die die Rechte der Pfandgläubiger gegen Pfandverschlechterung einschränken, dürften im Rahmen von Art. 20 OR gültig sein.

Der Inhalt eines dinglichen Rechts wird allgemein zwingend umschrieben. Das wird auch beim Eisenbahnpfandrecht anzunehmen sein. Er kann daher durch Parteiwillkür nicht erweitert werden. Die obligatorischen Abreden des Verfallvertrages und des Privatverkaufsrechtes sind jederzeit nichtig und nicht nur wie nach § 1149 BGB, wenn sie vor der Fälligkeit der Pfandforderung getroffen worden sind [3]). Denn in der *Zwangs*liquidation haftet der Erlös aus der Bahneinheit auch andern Gläubigern, und zwar vorab; um diesen Erlös können sie nicht gebracht werden.

---

[1]) Eingehend Vollenweider.
[2]) Wolff 517.
[3]) Vgl. dazu Wolff 517 und Planck III 1153 ff.

§ 24

Der Untergang der Pfandrechte

1. Durch Untergang der Pfandforderung

a) Allgemeines

Vgl. dafür bereits oben 9 f. Zu beachten ist, daß bei Inhaber- und Orderpapieren die Forderung nicht schon untergeht durch die bloße Tatsache, daß sie von der Schuldnerin, der Bahn, erworben werden [1]); ferner daß bei Subrogation die Forderung nicht unter-, sondern übergeht (oben 10 ff.).

b) Insbesondere durch Hinterlegung

Wenn bei Rückzahlung eines Anleihens sich nicht alle Titelinhaber melden, so ist der auf die nicht beigebrachten Titel entfallende Betrag gemäß Art. 96 OR zu hinterlegen.

Wird rechtmäßig hinterlegt, was im Zeitpunkte der Hinterlegung geschuldet ist, hat der Schuldner in diesem Augenblicke erfüllt, sobald der Untergang seiner Schuld feststeht. Solange das nicht der Fall ist, weiß man auch nicht, ob Pfandrechte der fraglichen Forderung noch bestehen oder nicht. Bis der Untergang des Pfandrechts feststeht, darf es im Pfandbuch nicht gelöscht werden.

Die Löschung darf erfolgen, wenn der Gläubiger das Hinterlegte vorbehaltlos bezieht. Gerade bei großen Anleihen mit langer Lauffrist, und dies ist bei Bahnen üblich, können Titel verloren gehen. Daher wird sich kein Gläubiger melden und kann die Löschung nicht erfolgen. Die Forderung des Gläubigers kann verjähren; das Pfandrecht geht mit der Verjährung aber nicht unter (unten 132 f.). Damit ist die Bahn unverschuldet in eine möglicherweise sehr peinliche Lage geraten. Es muß ihr die Befugnis zugestanden werden, gültig auf das Recht, das Hinterlegte zurückzunehmen, zu verzichten [2]). Sie hat dann die Möglich-

[1]) Oser N 9 zu Art. 119 OR.

[2]) A. M. Oser N 2 c zu Art. 94 OR; gleich die hier zitierten Autoren Becker und v. Tuhr, ferner § 376 BGB.

keit, gerichtlich feststellen zu lassen, daß ihre unwiderrufliche Hinterlegung rechtmäßig sei und daher Schuld und Pfandrecht untergegangen seien.

Mit der Verjährung der Titelforderung ist der hinterlegte Betrag dem Hinterleger auszuhändigen. Diese Ansicht ist vom Bundesgericht (BGE 62 III 124) vertreten worden hinsichtlich der Hinterlegung des Konkursbetreffnisses von nicht beigebrachten Pfandtiteln des ZGB. Sie wird auch für die Pfandtitel des VZEG gelten. Der Betrag ist auszuhändigen, selbst wenn der Hinterleger auf die Rücknahme verzichtet hat. In diesem Falle wird das zwischen Schuldner und Gläubiger durch Hinterlegung getilgte Verhältnis nicht wieder aufleben [1]).

c) Die Verjährung der Pfandforderung

Analog der Systematik des OR wird diese Frage im Zusammenhang mit dem Untergang der Forderung behandelt, weil es praktisch, nicht weil es richtig ist. Denn anerkanntermaßen bewirkt die Verjährung nicht den Untergang der Forderung.

Die eben aufgeworfene Frage hat sich auch schon in der Praxis gestellt. Die Antwort ist verschieden ausgefallen:

Eine Seite spricht sich für die Verjährbarkeit aus mit der Begründung, daß ausschließlich das VZEG zur Anwendung komme und dieses die Unverjährbarkeit nicht vorsehe. Sie stützt sich dabei auf Leemann N 50 zu Art. 793 ZGB (oben 5 N 3).

Die andere Seite wandte mit Recht ein, das VZEG sei allerdings vorgehendes Spezialrecht, aber es regle eben nicht alle

---

[1]) Die in BGE 62 III 124 getroffene Regelung entspricht der Billigkeit: Der Schuldner soll durch die Hinterlegung nicht schlechter gestellt werden, als wenn er nicht hinterlegt und daher ohne jede Aufwendung die Vorteile der Verjährung erlangt hätte. Wäre allerdings seine Schuld — ohne Hinterlegung — verjährt, bestände das Pfandrecht noch. Im Gegensatz zu diesem Tatbestand hat aber der Schuldner bei der Hinterlegung seinen Willen, zu erfüllen, mit Kosten dokumentiert, und das rechtfertigt die in BGE 62 II 124 getroffene Regelung. Im Grundpfandrecht bewirkt Art. 871 ZGB Analoges.

Die fragliche Lösung ist ausdrücklich vorgesehen in § 382 BGB („Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von 30 Jahren" — d. i. die ordentliche Verjährungsfrist — „nach dem Empfang der Anzeige von der Hinterlegung, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Schuldner ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht auf Rücknahme verzichtet hat.") Nach der Wissenschaft (Planck II N 3 zu § 382 BGB) beginnt die Frist bei Untunlichkeit der Anzeige schon mit der Hinterlegung.

Das deutsche Recht läßt den Anspruch des Gläubigers unter gewissen Umständen verwirken und nicht nur verjähren; es läßt für den Hinterleger kraft Gesetzes einen neuen Anspruch auf Rücknahme entstehen. Das OR sieht ausdrücklich nichts Derartiges vor. Auf Grund seiner Bestimmungen das fragliche Urteil zu begründen, bietet daher einiges Kopfzerbrechen.

Fragen; für die offengebliebenen, z. B. für die Frage der Verjährung, gälten die allgemeinen Bestimmungen des Privatrechts. Die Gegenseite stütze sich ja selbst auf solche, nämlich auf die ordentliche Verjährungsfrist des OR. Richtigerweise aber seien die eisenbahnpfandrechtlich gesicherten Forderungen unverjährbar in gleicher Weise wie gemäß Art. 7 ZGB die mit Grundpfand gesicherten. Denn hier wie dort beständen Eintragungen in öffentliche Register. Diese schlössen die Rechtsunsicherheit aus, das Motiv, das die Verjährung rechtfertige, bestehe also nicht.

Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement entscheidet sich ebenfalls für die Unverjährbarkeit [1]). Zur Begründung könne aber nicht Grundbuchrecht herangezogen werden, denn dem Eisenbahnpfandbuch gehe jede Grundbuchwirkung ab. Die Unverjährbarkeit ergebe sich vielmehr aus der Überlegung, daß das Eisenbahnpfandrecht seiner juristischen Natur und seinem Inhalte nach dem Grundpfandrecht am nächsten stehe; „die analoge Anwendung des Art. 807 ZGB erscheint daher begründet". Das gleiche Ergebnis könne aber auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet werden. Nämlich: die Verjährung bringe eine Forderung nicht zum Untergang und daher auch nicht die für sie bestellten Pfandrechte. Diese selbst verjährten nicht, könnten daher unabhängig von der Forderung geltend gemacht, d. h. auf dem Wege der Zwangsvollstreckung realisiert werden [2]). Daher dürfe das für eine verjährte Forderung bestehende Eisenbahnpfandrecht auch nicht gelöscht werden. Es sei ferner zu beachten, daß die Ausnahmebestimmung des Art. 140 OR einen allgemeinen Rechtssatz enthalte, der schon dem gemeinen Recht bekannt gewesen sei [3]). Endlich sei zu sagen, daß der Pfandbuchführer ein eingetragenes Pfandrecht nur löschen dürfe, wenn ihm dessen Untergang nachgewiesen oder es von der zuständigen Liquidationsbehörde zur Löschung angemeldet sei. Der Pfandbuchführer dürfe ein Pfandrecht wegen Verjährung der Forderung nur löschen, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen wäre, und das sei nicht der Fall.

Welches ist nun die richtige Antwort und ihre zutreffende Begründung? Es müssen auseinander gehalten werden die Frage

[1] VerwEntsch 1932 Nr. 170.

[2]) Das Gegenteil, nämlich daß nach schweizerischem Recht eine verjährte Forderung durch Zwangsvollstreckung nicht realisiert werden kann, weist instruktiv nach Müller, Über die Verjährung pfandversicherter Forderungen, ZbJV 73, 577 ff.

[3]) Müller a. a. O. weist nach, daß der Vergleich mit dem römischen Recht hinkt.

nach der Verjährung der Forderung, der des Pfandrechtes und endlich die Frage nach der Kompetenz des Pfandbuchführers. An dieser Stelle fragen wir nur nach der Verjährung einer eisenbahnpfandrechtlich gesicherten Forderung.

Auszugehen ist davon, daß die Art. 114 ff. OR anwendbar sind, sofern sich dem VZEG nicht eine abweichende Regelung entnehmen läßt. Da dieses nichts bestimmt, wenigstens nicht ausdrücklich, frägt es sich, ob die Anwendung der ordentlichen Verjährungsfrist ins System des VZEG passe und eine gerechte Lösung ergebe (oben 5). Zur Beantwortung der gestellten Frage hat man sich der innern Begründung der Verjährung zu erinnern. Sie dient in der Tat der Rechtssicherheit. Und zwar will sie den Schuldner oder vielmehr denjenigen schützen, der zwar Schuldner gewesen ist, dessen Schuld aber erloschen und dem es nun infolge Zeitablaufes nicht mehr möglich ist, das Erlöschen der Schuld zu beweisen, der deswegen Gefahr läuft, vom Gläubiger ungerechtfertigt in Anspruch genommen zu werden, dank der bloßen Tatsache, daß dieser die Entstehung des Schuldverhältnisses beweisen kann. Und dies, trotzdem die Erfahrung lehrt, daß die Gläubiger mit dem Versuch, ihre Ansprüche zu befriedigen, nicht allzulange zuwarten, daß daher ein gewisser Zeitablauf für den Untergang der Schuld spricht [1]). Der eigentliche Zweck der Verjährung ist der Schutz desjenigen, der in Wahrheit nichts schuldet [2]).

Bei Art. 807 ZGB drängt sich die Frage auf, was den Gesetzgeber bewogen haben mag, eine Forderung der Verjährung zu entziehen, für die ein Grundpfand eingetragen ist und ob dieses Motiv nicht auch für Forderungen zutreffe, die mit einem Eisenbahnpfandrecht gesichert sind. Die Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB zweiter Bd. 252, verweisen bei Art. 807 ZGB einfach auf das bisherige kantonale Grund- und Fahrnispfandrecht. Das rev. OR hat sich aber kurz darauf für die Verjährbarkeit der mit Fahrnispfand gesicherten Forderungen ausgesprochen (vgl. Art. 140 OR). Die richtige Erklärung gibt m. E. Leemann [3]) und, etwas ausführlicher dargestellt, Planck III zum ersten Satz

[1]) Naendrup, Die Verjährung als Rechtscheinsgedanke in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des bürgerlichen Rechts n. F. 75 (1925), 237 ff., insbesondere 238 f. (Naendrup a. a. O.: Daß der sogenannte Beweisersatzgedanke die Verjährung rechtfertigt, hindert nicht, daß in ihrer Ausgestaltung noch andere Prinzipien verwertet wurden, z. B. der Rechtscheinsgedanke.)

Capitaine, Des courtes prescriptions, des délais, des actes de déchéances du CCS et du CO, 1937, 21 ff.; Oser I, Vorbemerkung 3, Art. 127—142 OR.

[2]) Nipperdey 701.

[3]) N 5 zu Art. 807 ZGB, wo auf N 2 zu Art. 700 verwiesen wird.

von § 902 BGB („Die Ansprüche der eingetragenen Rechte unterliegen nicht der Verjährung"). Dieser schreibt hier u. a.: „Die Bucheinrichtung [1]) dient ebenso wie die Verjährung der Rechtsicherheit. Aber während die Verjährung, um diese Sicherheit zu erreichen, den Verpflichteten vor der Geltendmachung eines Rechts schützt, das infolge der langen Dauer der Nichtausübung zweifelhaft und ungewiß erscheint, sucht die Bucheinrichtung dadurch zum Ziele zu gelangen, daß sie den Berechtigten schützt, indem sie dessen Recht mittelst der Eintragung feststellt und so der Ungewißheit entzieht. Bei eingetragenen Rechten entfällt mithin, soweit ihr Inhalt aus dem Grundbuch sich ergibt, der Grund, auf dem die Verjährung beruht."

Im Gegensatz zu § 1138 BGB erstreckt nun aber das ZGB in Art. 865 den öffentlichen Glauben des Grundbuches auch auf die Gült- und Schuldbrieffordernngen und zwar nicht nur soweit sie pfandrechtlich gesichert sind, nicht nur im Hinblick auf das Pfandrecht [2]). Für sie ist daher die in Art. 807 ZGB statuierte Unverjährbarkeit mit dem Gesagten begründbar (für die Grundpfandverschreibung dagegen nicht).

Dem Eisenbahnpfandbuch kommt keine Grundbuchwirkung zu. Für die mit Eisenbahnpfandrecht gesicherten Forderungen trifft daher in gleicher Weise wie für die mit Fahrnispfand gesicherten das Motiv der Verjährung zu: Rechtsicherheit für denjenigen, der wahrscheinlich nicht mehr schuldet. Die eisenbahnpfandrechtlich gesicherten Forderungen unterliegen demnach der ordentlichen Verjährung.

Es gibt keine Einrichtung, die, analog dem Besitz beim Faustpfand und dem Grundbucheintrag beim Grundpfand, den Bestand des Eisenbahnpfandrechtes der Unsicherheit entzöge. Es wären somit die Voraussetzungen gegeben, daß auch das Pfandrecht verjährte. Es muß aber vorweg genommen werden, daß es seiner Natur nach nicht verjährt, sondern höchstens durch unbenutzten Zeitablauf untergehen und daß auch ein solcher Untergang für das VZEG nicht angenommen werden kann (unten 132 f.). Es stellt sich somit nur noch die Frage, wie sich die Verjährung der Pfandforderung auf das Pfandrecht auswirke.

---

[1]) Gemeint ist das Grundbuch, dem nach BGB grundsätzlich dieselbe Wirkung zukommt wie der entsprechenden Einrichtung des ZGB.

[2]) Homberger N 27 zu Art. 973 ZGB, Leemann N 2, 7 zu Art. 866 ZGB.

Allgemein gilt der Grundsatz, daß Einreden, die der Forderung entgegenstehen, auch dem Pfandrecht entgegengehalten werden können. Das ergibt sich aus dem Wesen des Pfandrechtes: Sicherung einer Forderung. Der deutsche Gesetzgeber hat aber mit Recht gefunden, daß dieser Grundsatz, soweit er sich auf die Verjährung beziehe, dem Bedürfnisse, dem die Sicherung durch Hypothek oder Pfandrecht dienen soll, nicht entspreche. Er hat daher in § 223, Abs. 1 BGB festgesetzt, daß die Verjährung eines Anspruches, für den ein Pfandrecht oder eine Hypothek bestehe, den Berechtigten nicht hindere, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen [1]).

Diesen Grundsatz kennt auch das schweizerische Recht. Art. 140 OR enthält ihn für das Fahrnispfandrecht. Im weitergehenden Art. 807 ZGB ist er als Minus auch für das Grundpfandrecht enthalten [2]). Es liegt kein stichhaltiger Grund vor, ihn für das VZEG auszuschließen und zwar um so weniger, als beim Eisenbahnpfandrecht der Sicherungszweck sehr ausgeprägt ist. Das Pfandrecht bewirkt demnach auch hier die Fiktion, daß die Forderung noch nicht verjährt sei [3]).

2. Durch Untergang der Pfandsache

Ein Fall, der kaum je praktisch werden wird [4].). Durch den Untergang entstehende Surrogate haften mangels gesetzlicher Vorschrift [5]) nicht (oben 63 f.).

3. Durch Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins

4. Durch Verzicht seitens der Pfandgläubiger

Der Verzicht ist hier im Gegensatz zu § 1183 BGB [6]) und zum römischen Rechte [7]) ein einseitiges Rechtsgeschäft. Diese Einseitigkeit geht aus dem besondern Verfahren hervor, das

[1]) Planck I N 1 zu § 223 BGB.

[2]) Daß Art. 807 ZGB einen Eintrag des Grundpfandrechtes voraussetzt, ist eine Besonderheit, die mit dem Wesen der Grundbuchordnung zusammenhängt. Für das Eisenbahnpfandrecht kann sie daher außer acht gelassen werden.

[3]) ZbJV 73, 577 ff.: Müller, Über die Verjährung pfandversicherter Forderungen.

[4]) Ein pikantes Beispiel bietet immerhin die Rolle-Gimel-Bahn, die 1939 ihre Bahnanlage eigenmächtig zerstörte, ein Vorgehen, das die Behörden mangels gesetzlicher Handhabe nicht zu verhindern vermochten.

[5]) Gleich argumentiert wird auch in BGE 52 II 207 bezüglich der Frage nach dem Inhalte der Art. 804 und 822 ZGB; vgl. auch Wolff 611.

[6]) Dazu Wolff 520 f.

[7]) Windscheid I 1117.

Art. 8 VZEG für den Verzicht durch die Anleihensgläubiger aufstellt. Sie gilt zweifellos auch für andere Pfandgläubiger, da für diese nichts Abweichendes festgesetzt wird.

Bei den Anleihensgläubigern soll für einen Verzicht auf das Pfandrecht (oder den Rang) nach Art. 8 VZEG eine Versammlung der Titelinhaber des betreffenden Anleihens angeordnet werden. Spricht sich die Mehrheit der vertretenen Titel für einen Verzicht aus, so ist der Beschluß — wohl von der Verpfändungsbehörde — öffentlich, d. h. gemäß Art. 21 Vo mindestens im Bundesblatt bekannt zu machen unter Ansetzung einer Verwirkungsfrist von wenigstens 30 Tagen für Einsprachen. Diese sind nach der Praxis bei der Verpfändungsbehörde einzureichen. Sie sind vernünftigerweise nur gültig, wenn aus ihnen der Wille hervorgeht, Einsprache zu erheben und wenn sie die Titel angeben, auf die sich diese bezieht. Innert der gesetzten Frist nicht oder nicht gültig Einsprache erheben, bewirkt den Untergang der Titelrechte nach Maßgabe des Beschlusses [1]). Im Sinne einer Ordnungsvorschrift verlangt Art. 15 Vo, daß der Einsprache die diesbezüglichen Titel beizulegen sind und vom Pfandbuchführer mit einem sachgemäßen Vermerk versehen werden. Dieser wird gleichzeitig auch einen entsprechenden Vermerk ins Pfandbuch eintragen. Das Einsenden der Titel dürfte auch noch nach Ablauf der Einsprachefrist möglich sein.

Wer die Gläubiger einberufen kann oder muß und wie dabei vorzugehen ist, darüber schweigt das Gesetz. Zweckmäßigerweise werden die einschlägigen Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft angewendet, also Einberufung durch den Schuldner, durch die Bahn. (Vgl. ergänzend auch Art. 2 BRB von 1940 [oben 16].)

5. Durch Vereinigung

des Pfandrechtes und des Eigentums in einer Hand, sofern der Pfandeigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner wird — in diesem Falle geht die Forderung und mit ihr das Pfandrecht unter (oben 122) —, sofern er ferner kein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Pfandrechtes hat. Ein solches liegt beispielsweise vor, wenn ein nachgehendes Pfandrecht vorhanden ist; denn dieses würde mit dem Untergang des vorgehenden vorrücken, ein Vorteil auf den es keinen Anspruch hat. Der Pfand-

[1]) Genaueres unten 137 f.

eigentümer hat ferner ein Interesse daran, seine Pfandforderung mit dem vorgehenden Pfandrecht weiter zu übertragen [1]).

Das BGB sieht den eben erwähnten Grundsatz ausdrücklich vor (§ 1256). Dabei nimmt die herrschende Lehre in Übereinstimmung mit Windscheid I 1121 f. an, daß ein solches Recht keinen Anspruch auf einen bestimmten Teil des Pfandverwertungserlöses gewähre, sondern nur die Befugnis, andere an dessen Aneignung zu verhindern.

Das ZGB dagegen enthält im Gegensatz zum BGB den fraglichen Grundsatz nicht als ausdrückliche Vorschrift. Seine Kommentatoren halten ihn aber mit Recht auch auf das schweizerische Fahrnispfandrecht für anwendbar und ziehen aus ihm die gleichen Folgerungen wie das BGB [2]).

Es besteht kein Hindernis, ihn nicht auch im Bereiche des VZEG gelten zu lassen. Für die Zwangsliquidation bedeutet er, daß der dem Bahnunternehmen als Pfandgläubiger zukommende Teil des Pfanderlöses den Kurrentgläubigern zugute kommt [3]).

6. Durch Zwangsverwertung (Art. 13—50 VZEG)

Das Bundesgericht schreibt dem Bundesrat im Schlußbericht über die Liquidation der Nationalbahngesellschaft Seite 192: Durch konkursamtliche Versteigerung des Pfandes ist das auf ihm haftende Pfand ohne weiteres untergegangen; anläßlich der Liquidation der Monte-Generoso-Bahn von 1895 [4]): das Eisenbahnpfandrecht ist untergegangen durch Realisierung und ist daher im Pfandbuch zu löschen. Wir haben also hier grundsätzlich die gleiche Lösung wie bei den Grundstücken [5]).

Wie steht es, wenn bei der Zwangsliquidation nicht alle Pfandtitel eingegeben wurden: erwirbt ihr gutgläubiger Erwerber weiterhin nach Maßgabe ihrer Skriptur, also eine Pfandforderung? Werden Pfandtitel des ZGB zur Pfandverwertung nicht beigebracht, hat nach Art. 69 VZG die zuständige Behörde

---

[1]) Planck III 1525 f.

[2]) Leemann N 11—14 zu Art. 889 ZGB und analog N 4 zu Art. 748 ZGB; Wieland N 3 e zu Art. 889 ZGB.

[3]) Die umstrittene Frage, ob die Bahn sich selbst auf Pfandverwertung betreiben darf, ist mit Planck III 1526 zu verneinen mit der Begründung, daß eine Verwertung ihrem Wesen nach zwei verschiedene Personen voraussetzt. Die Frage wird aber kaum je aktuell werden.

[4]) Bundesarchiv.

[5]) Vgl. etwa Hüsler 115.

trotzdem ihre Löschung zu beantragen [1]). Nach Art. 867 ZGB ist bei einer Diskrepanz zwischen Titel und Grundbuch der Grundbuchinhalt maßgebend. Ein Anspruch auf Schadenersatz gemäß Art. 867, Abs. 2 ZGB entsteht bei einer Zwangsverwertung nicht [2]). Daraus erhellt, daß das Pfandrecht mit der Zwangsverwertung untergeht und zwar absolut. Gleiches muß auch für Eisenbahnpfandtitel gelten.

Es steht nichts im Wege und ist empfehlenswert, Art. 69 VZG analog anzuwenden, d. h. im Bundesblatt (vgl. Art. 21 Vo) die unbekannten Inhaber der Titel (und ein weiteres Publikum) auf den Untergang des Pfandrechtes aufmerksam zu machen mit der Bemerkung, daß die Veräußerung oder Verpfändung des gänzlich oder teilweise zu Verlust gekommenen Pfandtitels als Betrug strafbar wäre.

Ähnlich hat das Bundesgericht in BGE 44 III 231 ff. entschieden. In einem bundesgerichtlich genehmigten Nachlaßvertrag im Sinne von Art. 51 VZEG wurden Anleihenstitel umgewandelt. Fraglich war u. a., was mit den nicht vorgewiesenen Titeln zu geschehen habe. Das Bundesgericht stellte zunächst fest, daß den in ihnen verbrieften Rechten die Einrede des Nachlaßvertrages entgegen gehalten werden könne, sie richte sich gegen die Gültigkeit des Papieres. Eine Amortisation sei nicht möglich. „Es bleibt daher nichts anderes übrig, als den Sachwalter anzuweisen, die durch die Bestätigung des Vertrages erfolgte Annullierung der Titel öffentlich bekannt zu machen."

Nach Art. 74, Abs. 3 KV hatte die Konkursverwaltung beim Richter die Kraftloserklärung der fraglichen Titel zu beantragen [3]). Art. 136 VZG hat diese Bestimmung aufgehoben und nichts an ihre Stelle gesetzt. Das in Art. 74 KV vorgesehene Verfahren könnte auch gar nicht durchgeführt werden, da nach OR die Amortisation nur vom früheren Besitzer des Papieres verlangt werden kann, wobei dieser den früheren Besitz und den Verlust des Papieres beim Richter glaubhaft zu machen hat [4]).

Eine Kraftloserklärung analog Art. 74, Abs. 3 KV oder Art. 871 ZGB ist bei den Eisenbahnpfandtiteln nicht vorgesehen und im vorliegenden Fall ebenso überflüssig wie bei den Pfand-

[1]) BGE 62 III 124 ff.
[2]) Leemann N 12 zu Art. 867 ZGB.
[3]) Gleicher Meinung auch Jaeger N 9 zu Art. 151 SchKG, wo auf Art. 871 ZGB verwiesen wird.
[4]) BGE 44 III 232.

titeln des ZGB. Mit Recht schreibt daher das Bundesgericht im Schlußbericht der Nationalbahngesellschaft 192 f. an den Bundesrat: „Daß neben der vom Bundesgericht als der Konkursbehörde angeordneten Löschung des Pfandrechtes im Pfandbuche auch eine Vermerkung der Löschung bei den einzelnen Partialtiteln erfolge, ist wünschenswert, aber zum Untergang des Pfandrechtes nicht erforderlich. In betreff derjenigen Titel, die zur Auszahlung des Konkursbetreffnisses nicht eingesandt werden sollten, ist von der Einleitung eines Amortisationsverfahrens abzusehen, da ein solches zur Tilgung des Pfandrechtes nicht nötig ist."

Ergibt die Zwangsverwertung eines Grundpfandes für den nicht beigebrachten Pfandtitel einen Erlös, so ist dieser zu hinterlegen. Der Titel gibt von jetzt an das Recht auf Behebung des hinterlegten Erlöses. Mit der Löschung des Pfandrechtes im Grundbuch beginnt die nun nicht mehr durch Art. 807 ZGB ausgeschlossene Verjährung zu laufen. Mit eingetretener Verjährung wird der hinterlegte Erlös dem Pfandeigentümer ausgehändigt. Nachgehende Pfandgläubiger haben auf ein nichtbezogenes Betreffnis eines vorgehenden Pfandgläubigers keinen Anspruch, wenn sie dessen Pfandrecht nicht oder erfolglos bestritten haben. Beanspruchen sie den hinterlegten Erlös, so müssen sie sich vor der Verjährung dessen Auszahlung durch geeignete Vorkehren sichern [1]).

Bei Eisenbahnpfandtiteln ist nach Art. 47 VZEG der Betrag für Rechnung des Titelinhabers zinstragend zu deponieren. Nach zehn Jahren fällt er, wenn er bis zu dieser Zeit nicht erhoben wurde, der Krankenunterstützungskasse der betreffenden Unternehmung zu. Bestehen Unternehmung und Kasse nicht mehr, werden nachgehende Pfandgläubiger auf ihn greifen können und zwar in erster Linie diejenigen, die das fragliche Pfandrecht erfolgreich bestritten haben. Mit der Verjährung fällt der Betrag wohl an die Hinterlegungsstelle.

7. Durch Nachlaßvertrag (Art. 51, Abs. 2 VZEG)

Er ist nur möglich bei zahlungsunfähig gewordenen privaten Unternehmen, die gestützt auf eine Bundeskonzession als Hauptgeschäft eine Eisenbahn (oder die Schiffahrt) betreiben (Art. 51, Abs. 1, VZEG).

[1]) BGE 62 III 124.

Was im schweizerischen wie im deutschen Recht verjährt, sind Ansprüche [1]). Anspruch ist die Befugnis, vom Gegner eine Leistung zu verlangen [2]), d. h. ein Tun, Dulden oder Unterlassen [3]).

Es gibt dingliche und persönliche Ansprüche. Jene fließen aus dinglichen, diese aus persönlichen Rechten. Inhaltlich unterscheiden sie sich nicht [4]).

Der dingliche Anspruch entsteht, sobald infolge des Verhaltens eines Dritten ein Zustand eintritt, der dem dinglichen Rechte nicht entspricht [5]); denn jetzt schuldet eine bestimmte Person und zwar Beseitigung jenes Zustandes. Daß der Eigentümer, dessen Grundstück mit einem Wegrecht belastet ist, duldet, daß es betreten werde, stellt demnach keinen Anspruch dar.

Gleich verhält es sich mit der Pflicht des Pfandeigentümers, die Zwangsvollstreckung zu dulden. Dazu kommt, daß sie nicht einmal dem Pfandgläubiger, sondern dem Staate gegenüber besteht und gar keine privatrechtliche ist. (Der Vollstreckung darf niemand Widerstand leisten [6]).) Die Verjährungsvorschriften sind daher auf das erwähnte Dulden nicht anwendbar. Es ist daher auch nicht dieses Dulden, das dem Gläubiger die Befriedigung verschafft [6]).

Der Gläubiger kann die Pfandverwertung grundsätzlich verlangen, sobald seine Forderung fällig ist. Wenn er diese Befugnis während längerer Zeit nicht ausübt, stellt sich nicht die Frage der Verjährung, sondern die der Versitzung, d. h. die Frage, ob ein Pfandrecht durch Nichtausübung untergehen könne [7]) und damit der Pfandeigentümer pfandfreies Eigentum ersitze. Das Pfandrecht — jedes dingliche Recht überhaupt — kann gar nicht verjähren und ein unvollkommenes Recht zurücklassen. Das Pfandrecht legt dem Pfandeigentümer die Pflicht auf, die Zwangs-

[1]) Oser I Vorbem. 5 zu Art. 127—142 OR; § 194 BGB und dazu Nipperdey 720.
[2]) Oser I Vorbem. 23 zu Art. 1—67 OR.
[3]) Vgl. § 194 BGB und die diesbezügliche Literatur.
[4]) Planck I 507, Staudinger I N 2 zu § 194. Daher brauchen sie in § 194 BGB nicht auseinander gehalten zu werden. — Nach schweizerischem Recht gelten die in Art. 127—142 OR enthaltenen Rechtsätze auch für dingliche Ansprüche, aber nur mutatis mutandis (Oser I Vorbem. 24, 32 zu Art. 1—67 OR). Da sie inhaltlich mit den obligatorischen übereinstimmen, wird dabei nicht viel zu ändern sein.
[5]) Burckhardt, Einführung 20; § 198 BGB und dazu Planck I 507.
[6]) Wolff 470.
[7]) Die Verjährung bewirkt für ein Recht nicht seinen Untergang.

vollstreckung zu dulden. Ein verjährtes Pfandrecht müßte für den Pfandeigentümer bedeuten, er könne sie dulden, brauche aber nicht. Wo es im Belieben des Eigentümers steht, kraft Pfandrechtes die Zwangsvollstreckung, kraft Wegrechtes das Betreten seines Grundstückes zu dulden, besteht das Pfandrecht bzw. das Wegrecht überhaupt nicht mehr.

Für das Dienstbarkeitsrecht hat das Bundesgericht in BGE 62 II 135 ff. die Versitzung abgelehnt mit der Begründung zunächst, daß das ZGB sie nicht vorsehe. Dasselbe läßt sich auch von den andern beschränkt dinglichen Rechten sagen. Für das VZEG aber ginge diese Argumentation fehl; denn es hat den Untergang der Pfandrechte nicht bzw. nur beispielsweise geregelt (Art. 3 Vo).

Weiter führt das Bundesgericht ins Feld, daß der öffentliche Glaube des Grundbuches jedes Bedürfnis nach einer Versitzung ausschließe. (Diese Behauptung kann uneingeschränkt kaum richtig sein; denn sonst wäre § 901 BGB und im Grunde auch die §§ 1028, 1090 BGB gänzlich überflüssig, und das scheint nicht der Fall zu sein.) Da dem Eisenbahnpfandbuch jede Grundbuchwirkung abgeht (oben 19), trifft das zweite Argument für das Eisenbahnpfandrecht jedenfalls nicht zu.

Dagegen ist in gleicher Weise wie für das Grundstückrecht auch für das Eisenbahnpfandrecht richtig, daß die in Frage kommende Verjährungsfrist von zehn Jahren allzu kurz wäre. Der Untergang des Eisenbahnpfandrechtes ist aus diesem Grunde abzulehnen.

9. Durch Löschung im Pfandbuch?

Die verneinende Antwort ergibt sich aus Art. 4 in Verbindung mit Art. 5 VZEG und Art. 3 Vo, die bereits anderwärts besprochen wurden.

Anhang

I. Die besondern Verhältnisse bei Pfandobligationen

1. Jede Teilschuldverschreibung eines Anleihens verkörpert grundsätzlich eine selbständige Forderung. Die Bestellung eines Eisenbahnpfandrechtes ändert nichts daran [1]). Fraglich ist dagegen, ob das für ein Anleihen errichtete Pfandrecht ein einheitliches Recht sei oder eine Zusammenfassung von selbständigen Einzelrechten. Entsteht ein einheitliches Pfandrecht, so müssen notwendigerweise Vorschriften bestehen über seine Geltendmachung durch die mehreren Gläubiger. Entsteht für jedenTitel ein Pfandrecht, sind derartige Vorschriften überflüssig, da jeder Titeleigentümer mit seinem Pfandrecht unabhängig ist. Er kann auf sein Pfandrecht verzichten, den Nachgang erklären, eine Einsprache gemäß Art. 11 VZEG erheben, die Zwangsverwertung herbeiführen, eine Einwendung gegen den Nachlaßvertrag machen (Art. 66, Abs. 1 VZEG), dessen Widerruf erwirken (Art. 74 VZEG), auf Feststellung des Pfandrechtes klagen usw.

Für das deutsche Recht nimmt die herrschende Ansicht Mehrzahl der Pfandrechte an mit der Begründung, daß diese Lösung im Grundbuche klare Verhältnisse schaffe [2]). Dabei braucht nicht jedes Pfandrecht eingetragen zu werden, sondern es genügt ein Sammeleintrag für alle unter Anzahl der Titel, des Betrages und der Bezeichnung der Teile.

Ein derartiger Sammeleintrag besteht auch beim Pfandbuch (Art. 6 Vo). Aus ihm kann kaum auf eine bestimmte Lösung geschlossen werden.

---

[1]) So bereits BGE IV, 429: jeder Titel ist eine selbständige Schuldverpflichtung. Das geht schon aus Art. 8 hervor, der jedem Titelinhaber ausdrücklich das Recht zuspricht, für seinen Teil der Forderung die bisherigen Titelrechte beizubehalten, auch wenn die Mehrheit den Verzicht auf den zugesicherten Rang ausspricht.

[2]) Planck III N 5 zu § 1187 BGB.

Einen bestimmten Schluß läßt auch Art. 7 VZEG nicht zu. Darnach kann der einzelne Titelinhaber nicht unabhängig von den andern auf sein Pfandrecht verzichten oder den Nachgang erklären. Das spricht für ein einheitliches Pfandrecht. Wird der Verzicht auf Pfandrecht oder Rang beschlossen, kann jeder Titeleigentümer durch Einsprache seine Titelrechte wahren. Daraus ließe sich auf eine Mehrheit von Pfandrechten schließen.

Gleich verhält es sich mit Art. 17 VZEG: der einzelne Titelinhaber kann die Zwangsverwertung verlangen, aber nur, wenn der Schuldner mit der Bezahlung des Kapitals oder der Zinsen mindestens ein Jahr im Verzug ist.

Darüber, ob zu einer Einsprache gemäß Art. 11 VZEG jeder einzelne Gläubiger legitimiert sei oder nicht, besteht Streit [1]). Das Gesetz spricht hier nicht von Gläubiger, sondern von Gläubigern. Da es aber den Begriff „die Gläubiger" nicht umschreibt, kann er auch gleichbedeutend sein mit „jeder Gläubiger". In diesem Sinne verwendet das Gesetz den Ausdruck „die Gläubiger" in Art. 66, Abs. 1; die Einzahl verwendet es in Art. 74. Man kann gestützt auf diese beiden Artikel dem Gesetz das System der mehreren Pfandrechte unterschieben und demnach in diesem Sinne entscheiden, wo es nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht. Jedenfalls ist diese Lösung vorzuziehen; sie ist einfacher und klarer.

2. Unter Obligation versteht der tägliche Sprachgebrauch regelmäßig eine wertpapiermäßig verbriefte Schuldverpflichtung. Art. 12 VZEG spricht von Pfandobligationen.

Die Pfandobligationen müssen neben der Schuldverpflichtung auch enthalten das haftende Pfandobjekt, umschrieben in der von Art. 12 lit. *a* VZEG geforderten Weise, die vorgehenden Pfandrechte und Prioritäten sowie die Zins- und Zahlungsbedingungen.

Das Pfandrecht ist also in den Titel aufzunehmen und erhält damit zweifellos wie das Pfandrecht bei Schuldbrief und Gült, aber anders als die Grundpfandverschreibung [2]) auf Inhaberschuldverschreibungen, wertpapiermäßige Ausgestaltung. Dafür

---

[1]) Dagegen Meili 56, der zur Begründung — unrichtigerweise — von der Pfandforderung ausgeht; dafür Eberli, Die Sicherung von Anleihensobligationen und das Institut der Serientitel, Diss. Zürich, 1906, 11; fraglich ist die Ansicht von Secrétan 56 f. und Vollenweider 54.

[2]) Homberger in ZbJV 71, 564.

spricht nicht nur der Wortlaut von Art. 12, sondern auch die Bestimmung von Art. 8, wonach „die bisherigen *Titel*rechte" behält, wer gegen den beschlossenen Verzicht auf Pfandrecht oder Rang Einsprache erhebt; ferner Art. 15 Vo, der von *Pfandtiteln* spricht; endlich die Tatsache, daß nicht wie bei der Grundpfandverschreibung das Ausstellen eines Wertpapieres ausdrücklich verboten ist (Art. 825, Abs. 2 ZGB). Übrigens wäre eine mangelnde Einredebeschränkung gar nicht vereinbar mit dem Wesen der Eisenbahnobligation als einem für den Verkehr bestimmten Titel.

Die Pfandforderung kann in einem Namen-, Order- oder Inhaberpapier verbrieft werden. In der Praxis kommen fast ausschließlich nur Inhabertitel vor (vgl. auch oben 45 ff.).

Welche Angaben der Titel über das Eisenbahnpfandrecht enthalten *muß*, d. h. seine Gültigkeit bedingen, sagt Art. 12 VZEG (oben 135). Dafür, daß nur inhaltlich vollständige und richtige Titel ausgegeben werden, bürgt einigermaßen die Vorschrift des Art. 15 Vo: zur Prüfung und Feststellung ihres Textes ist dem Pfandbuchführer als Beilage zum Pfandbewilligungsgesuch ein Formular des vorgesehenen Pfandtitels einzureichen. Seine Unterschrift ist für den Titel nicht Gültigkeitsbedingung.

3. Bei den *Einreden* kann sich die Untersuchung auf die Frage bescheiden, ob und inwieweit sie beschränkt werden in bezug auf den Bestand des Pfandobjektes und des Pfandrechtes; denn nur in diesen Beziehungen sind im Vergleich zu den allgemeinen Regeln Besonderheiten denkbar.

Da Pfandtitel auf den Namen und an Order praktisch nicht vorkommen und zudem bei jenen überhaupt keine Einreden abgeschnitten werden und für diese im begrenzten Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf das für die Inhabertitel Gesagte verwiesen werden kann (vgl. die Artikel 979 und 1146 OR), dürfen sie ausscheiden.

Stimmen die Titelangaben über das *Pfandobjekt* nicht mit der materiellen Rechtslage überein, so muß diese maßgebend sein, d. h. die Verfügung der zuständigen Behörde.

Was den Bestand des Pfandrechtes anbelangt, kann der Pfandeigentümer dem gutgläubigen Titelerwerber nur Einreden entgegenhalten, die sich gegen die Gültigkeit des Titels richten oder sich aus ihm selbst ergeben oder ihm gegen den ihn belangenden Gläubiger persönlich zustehen (Art. 979 OR). Hervor-

gehoben sei, daß neben der Kraftloserklärung und der Zwangsliquidation jedermann gegenüber eingewendet werden können:

— Das Fehlen der Pfandbewilligung. Dieser Mangel wirkt nämlich gleich wie beschränkte Handlungsfähigkeit: allein, ohne Mitwirkung der Verpfändungsbehörde, kann die Eisenbahn ein Eisenbahnpfandrecht nicht errichten. Beschränkte Handlungsfähigkeit des Ausstellers aber betrifft die Gültigkeit des Inhaberpapiers [1]).

— Ein gemäß Art. 51 ff. VZEG abgeschlossener Nachlaßvertrag, ein gemäß Art. 8 VZEG gefaßter Beschluß sowie ein Zwangsbeschluß nach Maßgabe der Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen [2]).

Für die Zwangsbeschlüsse vertritt dieselbe Ansicht auch Beck [3]) mit der richtigen Begründung, daß jeder Titelinhaber von vornherein mit solchen Beschlüssen rechnen müsse, daß für ihre Publizität in genügender Weise gesorgt sei und ohne absolute Wirkung ihre Durchführung vereitelt werden könne.

Alle diese Argumente passen auch für die Beschlüsse im Sinne von Art. 8 VZEG. Hier gibt übrigens das Gesetz selbst einen Anhaltspunkt für die absolute Wirkung:

Wer gegen den Beschluß innert der angesetzten Verwirkungsfrist Einsprache erhebt, behält seine Titelrechte. Nach Art. 16 Vo ist der Einsprache der Titel beizulegen und dieser vom Pfandbuchführer mit einem sachgemäßen Vermerk zu unterzeichnen. Diese ganze Einrichtung hat nur einen Sinn, wenn man annimmt, daß die Titelrechte nach Maßgabe des Beschlusses untergehen und in der Person des gutgläubigen Titelerwerbers selbst dann nicht oder, besser, gerade dann nicht entstehen, wenn dieser aus der Urkunde nicht ersichtlich ist. Denn das Gesetz trägt Sorge nicht dafür, daß der Verzicht, sondern daß der fehlende Verzicht auf dem Titel vermerkt wird. Hätten hinsichtlich der Beschlüsse gemäß Art. 8 VZEG die allgemeinen Regeln über den titelgemäßen Rechtserwerb des gutgläubigen Dritten Geltung, so hätte das Gesetz Vorkehren treffen müssen, das bei allen vom Beschluß erfaßten Titeln, d. h. bei allen, mit Bezug auf welche nicht Einsprache erhoben worden ist, der Ver-

[1]) Wolff 705.

[2]) Über das in vielen Erlassen zerstreute geltende Recht vgl. Vetsch, Das Krisenrecht in der Zwangsvollstreckung, 1937, 50 ff.

[3]) Beck, Die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen, 1918, 95 f.

zicht vermerkt werde — ein ziemlich aussichtsloses Unternehmen, wo, wie bei Eisenbahnanleihen regelmäßig, eine große Anzahl Titel besteht und dank ihrer Langfristigkeit die Emission weit zurück liegt. Natürlich kann der Verzicht auf dem Titel vermerkt werden. Aber er ist für die materielle Rechtslage bedeutungslos [1]). (Daß bei den oben erwähnten Zwangsbeschlüssen keine Vorschriften bestehen, die Gewähr bieten dafür, daß die erwähnten Beschlüsse auf allen Inhaberpapieren vermerkt werden, spricht ebenfalls dafür, daß sie dem gutgläubigen Erwerber auch entgegengehalten werden können, wenn sie nicht aus dem Titel hervorgehen.) Gleicher Ansicht ist mit Recht auch das — zum Entscheid allerdings nicht kompetente — Eisenbahndepartement [1]).

Die Wirkung eines Nachlaßvertrages gemäß Art. 51 ff. VZEG geht vernünftigerweise nicht weniger weit als die der erwähnten Beschlüsse [2]).

4. Art. 17 Vo sieht vor, daß die eingelösten Titel nicht weiter veräußert werden dürfen. Sie sind vielmehr dem Pfandbuchführer zur *Annullation* einzusenden. Werden sie entgegen dieser Verordnungsvorschrift veräußert, erwirbt der Gutgläubige aus ihnen Rechte nach Maßgabe der allgemeinen Regeln.

5. Die *Löschung* eines Pfandrechtes darf natürlich nur erfolgen, wenn sein Untergang zweifellos feststeht. Das ist der Fall, wenn der Untergang der Pfandschuld zweifelsfrei erwiesen ist, ferner bei der Kraftloserklärung des Pfandtitels, bei Verzicht durch Zwangsbeschluß gemäß Art. 8 VZEG oder den Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen, Nachlaßvertrag gemäß Art. 51 ff. VZEG, Annullation des Titels gemäß Art. 17 Vo, bei Zwangsliquidation oder wenn nachgewiesen wird, daß die Titel weder gedruckt noch emittiert worden sind. Es handelt sich um Fälle, wo auch in der Person eines gutgläubigen Erwerbers das Pfandrecht nicht mehr entstehen würde.

---

[1]) Vgl. die Bekanntmachung des Eisenbahndepartementes in BBl 1892 IV 180: Die Obligationäre der Appenzellerbahn verzichteten auf ihr Pfandrecht im zweiten Rang gegen ein solches im dritten Rang. Nach dem durchgeführten Verzichtsverfahren gemäß Art. 8 aVZEG ließ es auf den eingegangenen Titeln vermerken, daß infolge Verzichtes ein Pfandrecht im zweiten Rang vorgehe. Bei den nicht eingelieferten Obligationen mußte der Vermerk unterbleiben, ,,wodurch aber die Wirksamkeit des Verzichts gegenüber den betreffenden Titelinhabern nicht beeinträchtigt wird".

[2]) So auch BGE 44 III 232.

6. Gerade die Eisenbahnobligationen werden regelmäßig in großer Zahl und mit langer Laufdauer ausgegeben. Dadurch wird es sehr wahrscheinlich gemacht, daß sich nach Jahr und Tag für einzelne Titel die Person des Gläubigers als unbekannt herausstellt. Das ZGB hat in Art. 871 und ganz ähnlich das BGB in § 1170 für diese Fälle eine *Kraftloserklärung durch den Pfandeigentümer* vorgesehen. Die Regelung von Art. 871 ZGB analog auf das VZEG anwendbar zu halten, ginge wohl zu weit. Überdies besteht ein dringendes Bedürfnis kaum, indem der Pfandschuldner — und dieser fällt regelmäßig mit dem Pfandeigentümer zusammen — durch Hinterlegung innerhalb der gleichen Frist von zehn Jahren das Pfandrecht zum Untergang bringen kann (oben 122 f.).

II. Das Eisenbahnpfandbuch

1. Die Pfandbuchbehörden

Das Pfandbuch wird geführt vom Sekretär des Eisenbahndepartementes oder, wie sein heutiger Titel lautet, vom Chef der Abteilung Rechtswesen und Sekretariat des eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartementes (Art. 12 Vo). Ist er verhindert, bestimmt der Vorsteher des Departementes einen Stellvertreter. Er ist für die ordnungsgemäße Führung verantwortlich sowie dafür, daß die von ihm zu beglaubigenden Auszüge mit dem Pfandbuch übereinstimmen. Nach Art. 13 Vo korrespondiert er in untergeordneten Angelegenheiten selbständig, wichtigere Schreiben dagegen unterzeichnet der Chef des Departementes. Diese Einschränkung ist weggefallen, seitdem der Pfandbuchführer zugleich auch erstinstanzliche Verpfändungsbehörde ist (oben 24, 42).

Der Pfandbuchführer steht unter der direkten Aufsicht des Departementsvorstehers. Für Beschwerden an diesen und dessen Recht, jenem Weisungen zu geben, gelten die allgemeinen Regeln.

2. Die Einrichtung des Pfandbuches

Es ist ein zum voraus gebundenes Buch (Art. 2 Vo), das wie das Grundbuch aus fortlaufend numerierten Doppelblättern

besteht. Jedes neu errichtete Pfandrecht erhält ein (Doppel-) Blatt. Ist es gefüllt, wird mit den Eintragungen auf dem nächst freien Blatt fortgefahren (Art. 5 Vo). Das Eisenbahnpfandbuch ist also weder nach dem Real- noch nach dem Personalfoliensystem angelegt in dem Sinne, daß jedes Pfandobjekt bzw. jeder Pfandeigentümer ein Blatt erhielte.

An der Spitze jedes Blattes steht der Schuldner bzw. Pfandeigentümer. Ändert der Schuldner, so ist dies auf dem Blatte zu vermerken und gleichzeitig ein neues anzulegen (Art. 3 Vo). Diese Neuanlage ist sehr unpraktisch, da die Eintragungen für ein einziges Pfandrecht oft zehn und mehr Folien füllen. Die Praxis begnügt sich daher mit dem Streichen des alten und der Angabe des neuen Schuldners. Das wird auf jedem Blatt, welches vom betroffenen Pfandrecht in Anspruch genommen ist, in dessen Rubrik 7 (unten 140 f.) vermerkt. Gleich wäre zu verfahren, wenn Pfandeigentümer und Pfandschuldner auseinanderfallen sollten, eine Möglichkeit, an die die Vo nicht gedacht hat.

Jedes Blatt ist in sieben Rubriken eingeteilt (Art. 3 Vo).

Eine Vorschrift, ob und inwieweit das Pfandbuch öffentlich sei, besteht nicht. Soweit jemand ein berechtigtes, d. h. nicht nur ein rechtliches Interesse, glaubhaft macht, gewährt ihm die Praxis nach Analogie zum Grundbuchrecht, auf das verwiesen wird, mit Recht Einsicht. Mit Zustimmung des Pfandeigentümers wird sie ohne weiteren Nachweis zu gestatten sein [1]).

3. Die Eintragungen

Buchfähig ist allein das Eisenbahnpfandrecht (Art. 3—9 Vo). Daran ändert nichts, daß das Pfandbuch auch die Pfandforderung enthalten soll. Sie wird nicht ihretwegen eingetragen, sondern hat bloß Bedeutung als Haftungsbetrag, ist also eine Angabe über die Größe des Pfandrechtes. Wenn Rubrik 7 „Verschiedenes" enthalten soll, so geht aus der ganzen Vo hervor, daß hier von den übrigen Rubriken nicht erfaßte Bemerkungen über das Eisenbahnpfandrecht gebucht werden sollen, nicht auch solche über andere Rechte. Auch nicht Tatsachen. Daß solche eingetragen werden können, ist nicht vorgesehen und auch nicht anzunehmen. Eine Ausnahme macht die Angabe des Verpfändungszweckes. Er ist für den Bestand des Pfandrechtes bedeutungslos (oben 26 ff.).

[1]) Wolff 83.

Was in jede Rubrik im einzelnen gehört, ist in den Art. 3—9 Vo ausführlich dargestellt. Um eine unnütze Reproduktion zu vermeiden, beschränke ich mich auf das, was mir für die Praxis wissenswert erscheint.

In Rubrik 3 (Art. 6 Vo) ist u. a. der Gläubiger anzugeben, sofern sein Name bekannt ist. Hier werden auch Wechsel in der Person des Gläubigers eingetragen. Es liegt im Interesse der Beteiligten, dem Pfandbuchführer von solchen Kenntnis zu geben. In diese Rubrik kommen auch die Bedingungen des Grundgeschäftes, die Nummern der einzelnen Anleihenstitel sowie die der zurückbezahlten Titel zu stehen.

In Rubrik 4 (Art. 7 Vo) gehören Einträge über den jeweiligen Bestand des mit Anfangs- und Endpunkt und kilometrischer Länge spezifizierten Pfandobjektes. Da bei jedem Eintrag auf die ihm zugrunde liegenden und aufzubewahrenden Belege (Art. 11 Vo) verwiesen werden soll (Art. 10 Vo), kann er knapp gehalten werden.

Aus Art. 10 und 11 Vo ist auch zu schließen, daß wie im Grundbuchrecht zum Eisenbahnpfandbuch im rechtlichen Sinne ebenfalls die zu seinen Eintragungen gehörigen Belege zu zählen sind.

Aus Art. 4 in Verbindung mit Art. 5 VZEG ergibt sich, daß das Eisenbahnpfandrecht nicht erst mit seinem Eintrag ins Pfandbuch entsteht, aus Art. 3 und 9 Vo, daß es unabhängig von seiner Löschung im Pfandbuch untergeht. Die Eintragungen im Pfandbuch entbehren demnach jeder Grundbuchwirkung (vgl. auch oben 19, 133). Dagegen kommt ihm als öffentliches Register Beweiskraft zu nach Maßgabe von Art. 9 ZGB. Demnach erstreckt diese sich bloß auf Tatsachen, derentwillen der Eintrag erfolgt ist [2]). Dies sind Umfang des Pfandobjektes und Bestand des Pfandrechtes. Der Bestand ist u. a. unabhängig vom Vorhandensein der Pfandforderung. Auf diese und insoweit auf den Bestand des Pfandrechtes bezieht sich aber mangels gesetzlicher Vorschrift [1]) die Beweiskraft des Pfandbuches nicht. Es besteht auch keine Vorschrift nach dem Muster von Art. 970, Abs. 2 ZGB (der Inhalt des Grundbuches wird unwiderleglich als bekannt vermutet). Für den diesbezüglichen guten Glauben werden daher

[1]) Egger N 13 zu Art. 9 ZGB.
[2]) Etwa analog § 1138 BGB.

wie etwa beim Viehverschreibungsprotokoll (Art. 885, Abs. 2 ZGB) die allgemeinen Regeln von Art. 3 ZGB gelten [1]).

Da sich die dingliche Rechtsänderung unabhängig vom Pfandbuch vollzieht, lag für den Gesetzgeber kein Grund vor, ihren Eintrag ins Pfandbuch von besondern Voraussetzungen abhängig zu machen. Es gibt m. a. W. neben den auf Begründung oder Aufhebung eines Eisenbahnpfandrechtes gerichteten Willenserklärungen keine zusätzliche Eintragungs- oder Löschungsbewilligung. Daraus folgt, daß alle Parteien die dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft entsprechenden Einträge ohne spezielle Erlaubnis der Gegenpartei verlangen können. Ja, angesichts der Vorschrift von Art. 13 Vo, die den Pfandbuchführer anhält zu sorgen, daß das Pfandbuch mit den dem Departement und ihm offiziell zur Kenntnis gekommenen Tatsachen übereinstimme, ist anzunehmen, daß auch Dritte Einträge veranlassen können und der Pfandbuchführer unter Umständen solche von sich aus vornehmen kann oder sogar muß. Der Pfandbuchführer kann demnach von Amtes wegen tätig werden; das Antragsprinzip gilt nicht.

Wenn es nicht selbstverständlich wäre, würde aus der erwähnten Vorschrift des Art. 13 Vo folgen, daß der Pfandbuchführer Zweifelhaftes und Strittiges nicht eintragen darf. Denn wenn dem Eintrag auch keine Grundbuchwirkung zukommt, so bewirkt er doch immerhin eine Umkehrung der Beweislast.

Um das Pfandbuch materiell richtig zu führen, hat der Pfandbuchführer die Pflicht, die ins Auge gefaßten Einträge auf ihre materielle Richtigkeit hin zu prüfen. Wie weit geht diese Pflicht? Bei Willenserklärungen z. B. ist zu untersuchen, ob verfügungsfähige Parteien ein gültiges und eintragungsfähiges Rechtsgeschäft abgeschlossen haben. Partei kann nur ein Eisenbahnunternehmen sein. Kommt dem Pfandbuchführer zur Kenntnis, daß das Rechtsgeschäft nichtig ist, wird er es analog dem Grundbuchrecht nicht einzutragen haben im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, die bloß mit einer Einrede behaftet sind (vgl. auch oben 42 f.).

Als Beweismittel kommt wohl wie im Grundbuchrecht nur das Verbal und die Urkunde in Frage. Verpflichtet, Beweismittel zu beschaffen, ist der Pfandbuchführer nicht, wohl aber dazu berechtigt. Dies im Hinblick auf die bereits erwähnte Vorschrift

[1]) Vgl. Leemann N 59, 60 zu Art. 885 ZGB.

in Art. 13 Vo („.... zur Kenntnis gelangten Tatsachen ....“). Im übrigen kann auf das Grundbuchrecht verwiesen werden (vgl. auch oben 30 f.).

Erwähnt sei noch die Bestimmung von Art. 14 Vo. Darnach ist dem Schuldner in der Regel zunächst ein Entwurf des Eintrages vorzulegen; allfällige Änderungsvorschläge sollen möglichst berücksichtigt werden. „In gleicher Weise ist auch den bereits in einem Vertragsverhältnis stehenden Gläubigern, nötigenfalls durch Publikation, eine Frist zur Einsichtnahme und Anbringung von Reklamationen anzusetzen.“ Diese Vorschrift kann nur bezwecken, daß die dingliche Rechtsänderung im Pfandbuch in einen entsprechenden Wortlaut gefaßt werde. Der Entwurf ist vorzulegen demjenigen, der die Rechtsänderung bewirkt hat. Materiellen Inhalt im Sinne einer Bestimmung darüber, wer bei einem dinglichen Rechtsgeschäft mitzuwirken habe, kann die erwähnte Vorschrift nicht enthalten.

Die erwähnte Bestimmung des Art. 13 Vo betreffend die materielle Wahrheit des Pfandbuches zusammen mit der Tatsache, daß das Pfandbuch keine Grundbuchwirkung, aber als öffentliches Register privilegierte Beweiskraft hat, gibt einen Anhaltspunkt für die *Berichtigung fehlerhafter Eintragungen.* Unter Eintragungen werden hier nur diejenigen verstanden, für die das Register privilegierte Beweiskraft besitzt (oben 141 f.). Da das Pfandbuch für andere Einträge keine besondere rechtliche Wirkung hat, ist es selbstverständlich, daß sie von Amtes wegen jederzeit berichtigt werden können. Hierher gehören tatsächliche Angaben, buchunfähige Rechte sowie Schreibfehler [1]). Für Eintragungen über Pfandrechte gilt:

Kommt dem Pfandbuchführer oder dem Departement eine Unrichtigkeit offiziell, d. h. anläßlich der Amtstätigkeit, zur Kenntnis, so muß sie berichtigt werden, in den andern Fällen kann sie es bloß (Art. 13 Vo). Der Beweiskraft des Pfandbuches zufolge darf der Pfandbuchführer die Berichtigung aber nur vornehmen, wenn die Unrichtigkeit zweifelsfrei feststeht. Das wird regelmäßig nur der Fall sein, wenn sie sich aus dem Pfandbuch [2]) oder aus einem Urteil ergibt oder wenn die Betroffenen sie anerkennen. Bei zweifelhaft gewordener Richtigkeit kann der Pfandbuchführer wohl weder selbst nach Analogie von Art. 976

[1]) Vgl. Homberger N 6—9 zu Art. 977 ZGB, Wolff 98 f.
[2]) Vgl. Homberger N 1 zu Art. 976 ZGB.

Abs. 3 ZGB eine gerichtliche Untersuchung veranlassen noch eine Partei zu einer solchen zwingen. Er hat vielmehr den Eintrag stehen zu lassen. Immerhin wird es ihm erlaubt sein, die Tatsachen, die den Glauben an die Richtigkeit des Eintrages erschüttert haben, zu verbalisieren.

4. Die Pfandbuchbelege

vgl. oben 142 f, 30 f.

5. Gebühren und Kosten

Die Tätigkeit des Pfandbuchführers ist nicht kostenlos. Er hat vielmehr für Einträge und Abstempelungen von Titeln von den laut Pfandbuch davon berührten Pfandeigentümern, ferner für jede im Privatinteresse verlangte schriftliche Auskunft (Auszug) die gesetzlich vorgesehene Gebühr zu erheben und darüber mit der Staatskasse abzurechnen (Art. 19, 20 Vo). Die Löschung von Titeln, welche infolge des Rückkaufes von Privatbahnen und nach stattgefundener Abzahlung in den Besitz der schweizerischen Bundesbahnen gelangen, sowie mündlich erteilte Auskunft sind gebührenfrei.

Daneben hat, wer Publikationskosten und Porti und wohl ganz allgemein Auslagen veranlaßt, diese zu ersetzen (Art. 18 Vo).